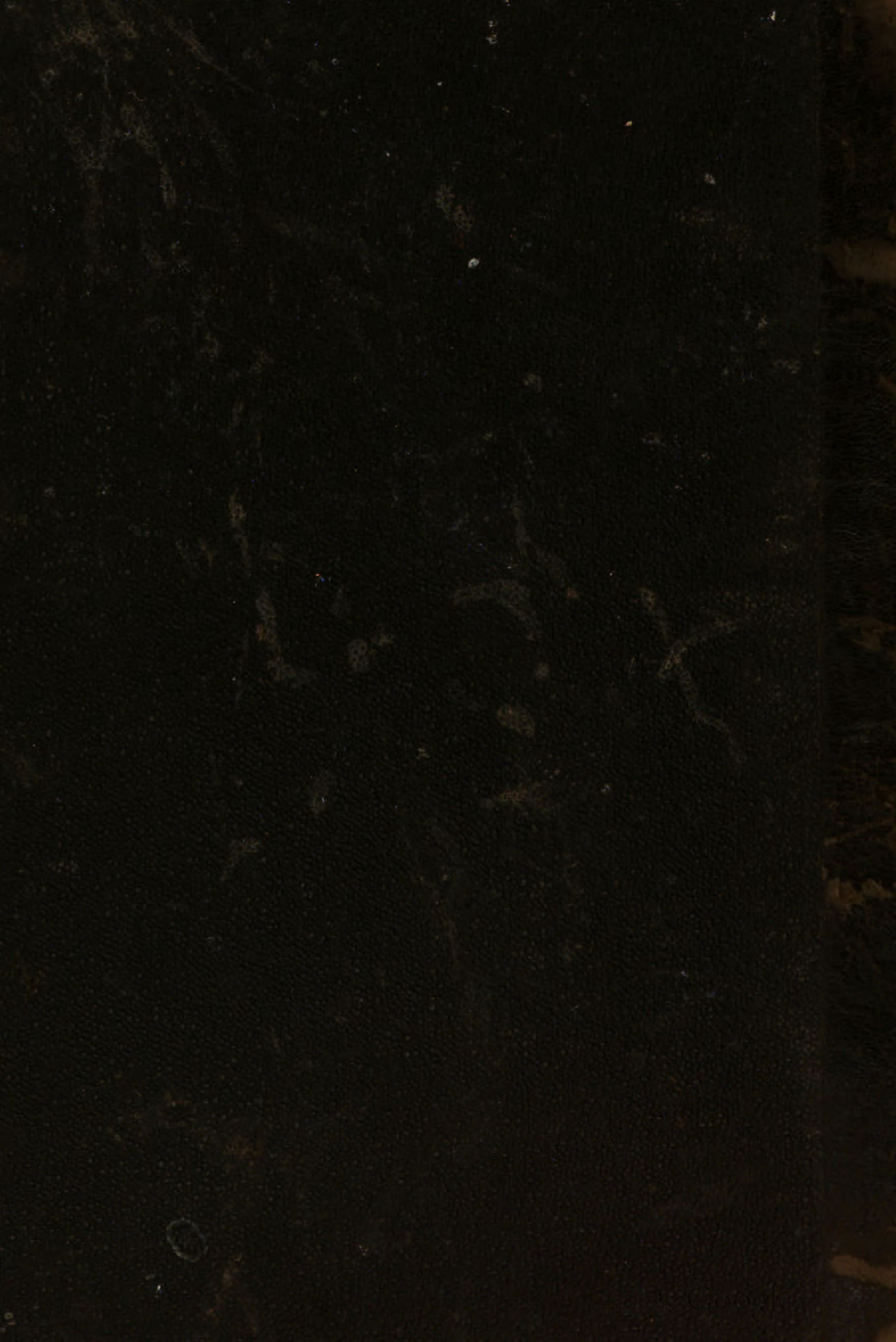
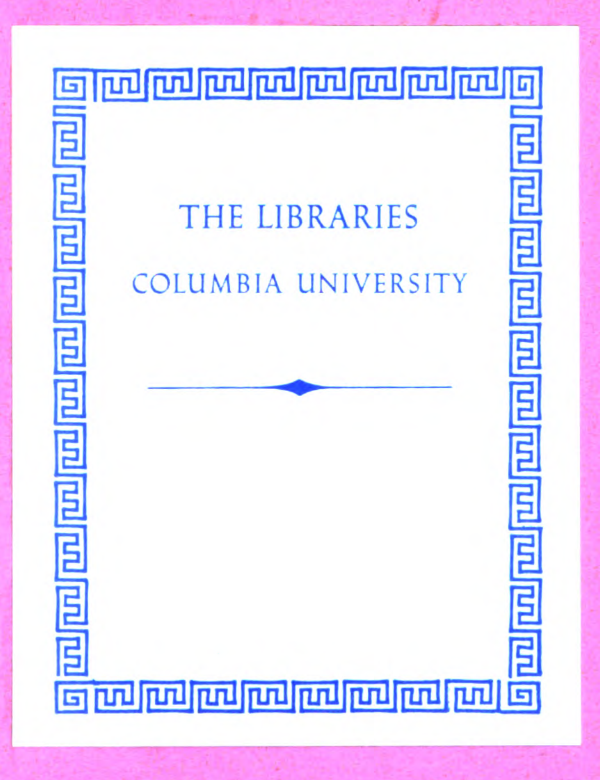



COLUMBIA UNIVERSITY
0035683155


THE LIBRARIES
COLUMBIA UNIVERSITY

كتاب

﴿ أصول القوانين ﴾

تأليف

﴿ محمد افندي رأفت ﴾

(مدرس قوانين بمدرسة الحقوق الخديوية)

﴿ قال الجهبذ الاوحد حضرة الاستاذ الاكبر الشيخ سليمان العبد ﴾

هذا الكتاب به بان الصواب وبا ن الرشد فانتفعت منه القوانين

وجاء لحبه بالشرع ميزه عن غيره فتلقته الميامين

فانظر اليه يريك الحق متضحاً وغيره باطلا قامت براهين

صنعت صنعاً جميلا يامحمد بالـ ـدين القويم لك الجنات والعين

﴿ ملتزم الطبعة الاولى ﴾

﴿ حافظ بك نجم الدين ﴾

(نجل المرحوم نجم الدين باشا)

﴿ طبع بمطبعة جريدة الاسلام بمصر سنة ١٣١٥ هجريه ﴾

(على صاحبها افضل الصلاة والسلام وازكى التحيه)



بسم الله الرحمن الرحيم

حمدًا لمن أنار بصائر المتقين · لاتباع وسائل العدل والاحسان · وأفاض على المتقدمين والمتأخرين · من جميع الطبقات المنن الحسان · وهدى بشرائعه أولي الألباب للمنهج القويم · وكبح بحدودها جماح الحائدعن صراطه المستقيم · والصلاة والسلام على النبي الأواب · الهادي الى سبل الرشدوالصواب · المستجمع للكمالات · المؤيد بالمعجزات · الموحى اليه بكتاب كريم · من اله عليم حكيم · ليخرجنا به من الظلمات الى النور · و يبين لنا واجب الحدود والأحكام مدى الدهور · سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين · وعلى آله وصحبه وتابعيه الى يوم الدين ·

(و بعد) فهذا كتاب رددته الى اللغة الشريفة العربية بعد ان جمعته من نحو عشرين مؤلفًا باللغة الفرنساوية · وطبقته على نصوص القوانين الأهلية · والتزمت فيه ذكر بعض احكام شرعية · اخذا من امهات الكتب الاسلامية · ليتبع المطالع اقوى

الدليلين . وانجح المسالكين . وسميته أصول القوانين . خدمة خالصه علمية وطنية . وخاصة بطلبة السنة الأولى من مدرسة الحقوق الخديوية . فقد كلفني جناب ناظرها المتشرع الاصولي بتدريسها لهم باللغة الفرنساوية . لكنني رأيت بعد اشارة بعض الاخوان ان اعرب ما جمعته لهم في هذه المدة ليتمكنوا من مطالعته ايضاً بلغتهم الشريفة العربية . في عهد الحضرة الفخيمة الخديوية . والطلعة المأنوسة العباسية . الأوحد في عصره بلا ثاني . خديونا الاعظم ﴿ عباس باشا حلمي الثاني ﴾ ادام الله علاه . وحفظه لنا وابقاه . محفوفاً برجال دولته الكرام . ووزرائه الفخام . خصوصاً من ازدهت المعارف برأيهما المتين . صاحبي العطوفة حسين باشا فخري و يعقوب باشا ارتين . ولا زال مهنأ بدوام العز والاقبال . ما احسن منشئ واجاد شاعر وابدع عالم نظم اللآل . بجاه نبينا والآل



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ اصول القوانين ﴾

« الجزء العام »

﴿ في القانون والحق والواجب ﴾

الباب الاول

« في القانون الطبيعي »

﴿ الفصل الاول ﴾

« في منشأ الحكومة والحقوق الطبيعية »

لما كان الانسان مدنياً بالطبع وكان بقاء المجتمع الانساني موقوفاً على الالزام باتباع القواعد الحاسمة لكل نزاع يقع بين افراده لزم ايجاد الحكومة ليتمكن كل احد من تمام الانتفاع بحقوقه الطبيعية

﴿ الفصل الثاني ﴾

« في اصول القانون الطبيعي »

هي ثلاثة على رأي الرومانيين ـ اتباع العوائد الحميدة للمجتمع ـ وعدم الاضرار بالغير « وهو السبب لوضع جميع القوانين وعلى الخصوص قانون العقوبات » واعطاء كل ذي حق حقه عيناً كان او ديناً مستحقاً واقول ان كلا من الاصلين الاولين يغني عما عداه كما لا يخفى

﴿ الفصل الثالث ﴾

« في العلاقات الناشئة عن القانون الطبيعي »

هي حقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة بينهما وحقوق الوالدين على الولد وواجباتهما وعكسه والرابطة الطبيعية بين الانسان وما يحوزه من الاشياء التي

(٥) وقد يطلق القانون على الاوامر التي سنتها واعلنتها الحكومة مقيدة بالقواعد المتبعة في ذلك « ومن هذا الاطلاق لفظ قانون او قوانين المذكور بالباب الثالث الآتي الكلام عليه »

« ٦ » والفتاوي هي مجموع اراء المتشرعين

« ٧ » ومذهب الاحكام هو مجموع اراء المحاكم

والفرق بينهما ان الفتاوي لا يجب اتباعها بخلاف الاحكام فانها واجبة على المحكوم عليه لا على المحاكم اذ يجوز لها ان تصدر حكمين مختلفين في قضيتين متشابهتين اذا رات وجها للعدول عن حكمها الاول ومع ذلك فليس لها ان تجعل ذلك ديدنها لما يترتب عليه من التباس الاحكام وتشويشها بالنسبة لذوى الحقوق والدعاوي

﴾ الفصل الثاني ﴿

« في تعيين محل القانون من العلوم البشرية »

علم القانون نوع من علوم المجتمع الانساني التي يبحث فيها عن المسائل السياسية كوجوب ان يكون شكل الحكومة جمهورية او ملوكية او غير ذلك بحسب ما يليق بطباع اهلها ووجوب دفاعها عن حقوق الافراد وحسم خصوماتهم واستتباب الامن بينهم وما به يكون تأييد سلطتها وعن علمي الاخلاق والاقتصاد وعن قواعد العدالة الطبيعية والوضعية التي هي موضوع علمي القانون الطبيعي والوضعي

﴾ الفصل الثالث ﴿

« في اساس علم الشرائع »

ذهب جان جاك روسو الى ان اساس هذا العلم هو العقد الاجتماعي

وذلك ان الناس كانوا في مبدأ الخلق في عزلة تامة ثم استشعروا باحتياجهم الى الاجتماع فعقدوا بينهم ما سموه بالعقد الاجتماعي

وهو مذهب ظاهر الفساد قد ابطله المؤرخون والفلاسفة فاما الفلاسفة فقالوا ان الانسان مدني بالطبع واما المؤرخون فذهبوا الى انه لم يوجد بالتاريخ ما يدل على ان افراد الانسان كانوا في عزلة تامة فليس للعزلة التي جعلها روسو اساساً لعقده الاجتماعي وجود الا في مخيلته وقال بنتام ايعقل ان الناس عند خروجهم من جحورهم وفرارهم من الاكمات كانوا في درجة كبيرة من العلوم الادبية والافكار السياسية فعقدوا هذا الاتفاق الاجتماعي واقول مقتضي هذا ان لا يسمى اجتماعاً الا ما نراه في الدول الكبيرة والامصار العظيمة وهذا لا يقول به احد لان لكل جمعية شروطاً على حسب لوازم معيشتها من البساطة والتركيب فلا مانع ان تكون شروط ذلك المجتمع فطرية على قدر لوازم معيشتهم البسيطة فالحق سبحانه وتعالى قدر لكل نوع من انواع الحيوان ما به يهتدي لطرق معاشه

وقال بوسير لو سلمنا جدلا صحة وجود هذا العقد لما سرى على المتأخرين على التوالي ولكان لمن عقدوه فسخه فهو عقد مؤقت التاثير (راجع عبارته في كتابه اصول القانون) والعجب كيف يرد هذا العالم الشهير بين قومه بهذا الرد الفاسد لانه لو فرض ونقض المتقدمون ما عقدوه او نقضه من بعدهم لاستبدلوه بغيره لضرورة الاجتماع فحينئذ جنس العقد اونوعه باق وتغير الاشخاص اي الاحكام الجزئية بتغيير العادات او المجتمعات لا ينافي وجود اصل العقد وهذه مغالطة منه

وقال احد متشرعي اوروبا ذهب المسلمون واليهود الى ان اساسه الوحي

الالهي بمعنى ان السلطة الحاكمة في المجتمع الانساني نائبة عن المولى عز وجل في تنفيذ اوامره على خلقه وقال انه نعم المذهب حيث قاد في الايام الغابرة الامم التي كانت تعتقده الى التمدن سريعاً غير انه يجمع بين امرين يجب التفريق بينهما وهما الدين وسياسة الامة

وخطأ عبارته وفساد كلامه بين ببادىء الرأي من وجوه

الاول ان السواد الاعظم من المسيحيين يعتقدون الوحي كما قال بنتام ان الوحي من مظاهر الارادة الربانية وفيه مرشد حق لا تقوم ضده حجة ولا برهان وفي الامم المسيحية كثيرون لا يعتقدونه فلم لم يذكرهم مع المسلمين واليهود

والثاني ان قوله بمعنى الخ يفهم انه تصوير للوحي وليس كذلك لمن عنده اذني مسكة لان الوحي عند المسلمين هو نزول ملك على نبي بحكم شرعي لا انه كما قال نيابة السلطة الحاكمة عن المولى في تنفيذ اوامره

والثالث ان قوله قاد في الايام السابقة الى التمدن يوهم انه لا يوصل الى هذه النتيجة الآن وهو خطأ بين لوجود مسلمين متمدنين ويهود الى الآن

والرابع ان تعييبه له من جهة الجمع بين امرين يجب التفريق بينهما فيه ان وجوب التفريق ظاهر البطلان لان ذلك لو قلنا ان الوحي ينزل على اي شخص كان ولو ناقص الفطنة كيف وهو لا ينزل الا على شخص كامل العقل مؤيد بانوار النبوة ثم نوابه ذو وعقل كامل ولذلك حصل التفريق بين الحكم الشرعي والسياسي بعد الراشدين وغيرهم من المترشحين لذلك الاقوياء الفطناء فمن الناس من قام بالسياسة ومنهم من قام بالشرع

(ايقاظ) اعلم ان اهالي اوروبا كانوا على بساطة تامة وجهالة مظلمة في الازمنة

الغابرة حتى اذا انتشبت الحروب الصليبية بينهم و بين المسلمين فتبادلوا الافكار ونقلوا الاسفار والكتب النفيسة وجمعوا بكل همة ونشاط قوانينهم التي دونوها ونوعوا فيها بزيادة ونقص ثم صاروا بعد ذلك يطلعون على قوانين الامم الاخرى فمن هذا يعلم ان هذه القوانين ما استمدت الا من احكام الوحي السماوي فياعجبا كيف ينكرون كانهم لا يعلمون

وذهب اغلب الفرنج الى ان اساسه العقل والاحتياج بمعنى ان العقل ارشد الانسان الى الاجتماع لمعاونة الغير له في مهامه لنماء قواه العقلية والبدنية ثم نشات عنه حاجة المجتمعين الى سلطة تقوم بتوطيد الامن والراحة بينهم بقانون على قدر حوائجهم يلزمون باتباعه فالاحتياج الى ضبط المعاملات من معاوضة و بيع وهبة مثلا دعى الى وضع القانون المدني والاحتياج الى الانتصاف من الجاني دعى الى وضع قانون العقوبات والاحتياج الى بيان طرق ضبط الجرائم وتحقيقها دعى الى قانون تحقيق الجنايات وعلى هذا بقية القوانين وقالوا انه ارقي المذاهب وانفسها نظرًا لان المسائل القانونية تتجدد والواجب الاعتماد في حلها على العقل حيث لا يقف عند حكم

واقول يا ايها العقلاء تفكروا ولينظر كل بثاقب فكره ان الله سبحانه وتعالى جعل العقل للانسان ليجلب به النافع و يدفع الضار لكنه محفوف بالقوتين الشهوية والغضبية فهما تتنازعانه ابدا فطورا يميل الى هذه وطورا يسلك سبيل الاخرى فكيف يمكن ان تستنبط عقول العقلاء اصول القوانين وهي ملوثة باقذار شهواتها غارقة في لجج عاداتها واضرب لك مثلا واضحًا رجلين احدهما من العرب الجاهلية الاولى والآخر من متمدني اوروبا الآن فان الاول يستقبح الزنا بعقله وهمة نفسه فقد جرد العقل في هذا عن الشهوة والثاني يبيحه نظرًا للعادة المحيطة

بفكره وميل الشعب كله لذلك فان الشيء كلما كثر فعله هان على النفس وعد حسنا واذا كانت الحواس بسبب خطئها قليلاً تابعة لحكم العقل بمعنى انها لا تصدق الا اذا حكم العقل بصدقها افلا يكون مسيطر على العقل الذي كثر خطاه تارة بالوهم الا ترى انه يخيل للانسان ان الحبل حية وانه اذا مشى على جدار مرتفع عن سطح الارض باربعين مترا يستشعر بسقوطه ولو كان عرضه ثلاثة امتار مع انه لا يستشعر بذلك اذا مشى على اخر مرتفع عن سطح الارض بمترين وكان عرضه مترا واحداً واخرى بالتناقض فان العاقلين يتناقض فكرهما مع تساوي حجتيهما بل العاقل الواحد يتناقض فكره ايضاً ويخطىء نظره الثاني نظره الاول وذلك المسيطر هو نور سماوي ووحي الهي تستمد منه العقول ولا تخرج عن دائرته كيلا تقع في خطئها فتضل وتضل فالحق ان القوانين انما تكون من شرع جاء به رسول مؤيد بالمعجزات الظاهرة والانوار الباهرة

ويستغنى المسلمون في حل المسائل الجديدة عن العقل المطلق الذي تعتمد عليه الفرنج باستنباط المجتهدين الذين نظروا في الادلة الشرعية بالعقل الكامل مع توفر شروط الاجتهاد فيهم من ذكاء واصول فقه وعلوم عربية حتى استنار عقلهم فيستخرجون الاحكام من الادلة (اي النصوص) وهي تتجدد بحسب الاحوال والاوقات ولذلك حصل الاختلاف بين بعض الائمة كالامام محمد وابي حنيفة في مسائل كثيرة بحيث يقولون ان الاختلاف بينهم اختلاف عصر وأوان لا اختلاف حجة وبرهان وباستنباط من اتوا بعدهم وعملوا بمذاهبهم وزادوا فيها احكاماً بالتفريع على قواعدهم وبالاخذ من حديث « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »

والظاهر ان ذلك المتشرع لم يطلع على ما كتب في الوحي عند المسلمين

وانه ظن بانه يجوز الطعن فيه بما ذكره بنتام وغيره في الرد عليه عند المسيحيين من قوله واني لا اريد ان اسلك في الرد على الوحي طريقاً معوجاً فاجيب بان الوحي لم يكن عاماً لجميع الناس وانه يلزم وجود اصل عام يرجع الناس كلهم اليه ولكنني اقول ان الوحي تحتاج اوامره ونواهيه الى شرح وايضاح وتخصيص بعضها وان اخذها على ظاهرها يجلب انقلاب الدنيا و يذهب بحاسة الدفاع عن النفس والذود عن الصناعة والتجارة والاميال المشتركة وتاريخ الكنائس برهان ساطع على ما لسوء الفهم في تلك الاوامر والنواهي الدينية من المصائب في العالم المسيحي

واقول ان هذا الرد انما يكون على شريعتهم فقط كما هو نص عبارته ولا دخل لنا في هذا اما شريعتنا المطهرة فهي عامة للناس كافة واضحة سهلة فلذلك قادت الى التمدن سريعاً كما شهد هو بذلك ومن نظر التاريخ عرف نتائج الوحي والشريعة الاسلامية مما لا ينكره احد في العالم المتمدن من الفتوحات والاحكام والعدل والسير الحسنة او كان عدل عمر مستنبطاً بعقل ان ذلك ليحتاج الى دهور متطاولة وازمان كثيرة ففي ذلك فليتفكر العاقلون

و بالجملة فالشريعة الاسلامية قواعد عامة نزلت على النبي صلى الله عليه وسلم واستنبط العلماء منها جميع الاحكام الشرعية وهم سبع طبقات الاولى طبقة المجتهدين في الشرع كالائمة الاربعة رضى الله عنهم ومن سلك مسلكهم في تاسيس قواعد الاصول وبه يمتازون عن غيرهم والثانية طبقة المجتهدين في المذهب كأبي يوسف ومحمد وسائر اصحاب ابي حنيفة القادرين على استخراج الاحكام من الادلة على مقتضى القواعد التي قررها استاذهم في الاحكام وان خالفوه في بعض احكام الفروع لكن يقلدونه في قواعد الاصول والثالثة طبقة

المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها عن صاحب المذهب كالخصاف وابي جعفر الطحاوي وابي حسن الكرخي وشمس الائمة الحلواني وشمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام الرازي وفخر الدين قاضيخان وامثالهم فانهم لا يقدرون على شيء من المخالفة لا في الاصول ولا في الفروع لكنهم يستنبطون الاحكام في المسائل التي لا نص فيها على حسب الاصول والقواعد والرابعة طبقة اصحاب التخريج من المقلدين كالرازي واضرابه فانهم لا يقدرون على الاجتهاد اصلاً لكنهم لاحاطتهم بالاصول وضبطهم للمآخذ يقدرون على تفصيل قول مجمل ذي وجهين وحكم مبهم محتمل لامرين منقول عن صاحب المذهب او احد من اصحابه برأيهم ونظرهم في الاصول والمقايسة على امثاله ونظائره من الفروع والخامسة طبقات اصحاب الترجيح من المقلدين كأبي الحسن القدورى وصاحب الهداية وامثالهما وشأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض كقولهم هذا اولى وهذا اصح رواية وهذا اوفق للناس والسادسة طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الاقوى والقوي والضعيف وظاهر المذهب والرواية النادرة كأصحاب المتون المعتبرة من المتاخرين مثل صاحب الكنز وصاحب المختار وصاحب الوقاية وصاحب المجمع وشأنهم ان لا ينقلوا الاقوال المردودة ولا الاقوال الضعيفة والسابعة طبقة المقلدين الذين لا يقدرون على ما ذكر ولا يفرقون بين الغث والسمين

فياقوم انظروا حملة الشرع من يوم نزول الوحي وهم يدورون حوله يستنبطون منه و يستخرجون المسائل والاحكام الشرعية العادلة التي تاسس عليها دول وحكم بها ملوك وانتظم بها عمران وتطاول ذلك قروناً كثيرة فيا للعجب اليس كل هذا برهاناً قاطعاً ودليلا ساطعاً على ان الوحي حق كيف لا ولو

قامت طائفة من العقلاء وحاولوا ان يأتوا بتلك الاحكام العادلة قروناً متطاولة واحقاباً كثيرة لما وسعهم ذلك ولو كان بعضهم لبعض ظهيرا الم تر الى الدولة الرومانية كيف حاولت عقلاؤها ازمنة متطاولة على ان ياتوا بقانون عام يشمل جميع ممالكهم و يعم الازمنة والامكنة ومع ذلك ضل سعيهم فانهم ما زالوا يمحون و يثبتون و يجعلون ما كان مصلحة في قرن مفسدة في الذي بعده حتى انتهى امرهم في آخر الدولة ونهاية حضارتها وتمدنها الى قانون لو قارناه بقوانين العصر الحاضر لوجدنا مثلها ومثله كنور الفجر الكاذب في جانب نور البدر وهذا ما تحققته بعد الدرس والتحقيق و يشهد لذلك ما قاله بنتام من ان الواضع الذي يعتمد على استمداد قانونه من القانون الروماني لا يأتي بنتائج حسنه فهذا نتيجة عقول العقلاء فلينظر العاقل المتامل بالبصيرة هل وصلت عقلاء اوروبا الى ما لم تصل اليه عقلاء الرومانيين مع قصر مدة اولئك وطول مدة هؤلاء في التمدن مع اجماع العقلاء على ان التمدن كلما كان اثبت وادوم كان ادل على ارتقاء العقول فهاهنا امران الاول مقارنة عقول الرومانيين بعقول متمدني العصر الحاضر والقضية الطبيعية تفضل عقول الاولين والثاني مقارنة القانونين والحوادث تشهد بارجحية الثاني كما قلنا فكيف يكون الارجح عقلا اقل اصابة والمرجوح عقلا اكثر فالذي يظهر بل المتعين ان قوانين العصر الحاضر مستمد بعضها من الشريعة الاسلامية كما قدمنا فوالله لقد وضح الصبح لذي عينين

الفصل الرابع

« طريقة استنباط قواعد علم القانون »

ذهب بعض متشرعي الفرنج الى انه ينبغي ان تستنبط قواعد القوانين من استقراء الحوادث والظروف وان منها ما يكون استنباطه مباشرة كنصوص القانون

المدني ومنها ما يكون بواسطة كالقانون المالي فانه يؤخذ من علم الاقتصاد السياسي المستمد منها وقد راى ذلك بنتام الا تراه يرد الباحث في الاعمال المباحة او المحرمة او في وسائل المكافأة او العقاب الى ما سماه بعد المشاهدة والاستقراء اصلا للقوانين ترد اليه جميع مسائلها المدنية او الجنائية الا وهو معرفة اللذائذ والآلام بقوله ان دليلا في القوانين لا يترجم بلذة او الم دليل سفسطي لا ينتج شيئاً و يضرب لذلك مثلا اضطرار الباحث في المسائل الجنائية الى مقارنة اللذائذ والآلام فيعبر عن نظره في الجرم بالنظر في الالم اللاحق بالمجني عليه ونظره الى سبب الجرم بنظره الى تصور اللذة الذي حمل المجرم على اقترافه ونظره الى نتيجة الجرم بنظره في اللذة التي حصل المجرم عليها ايضاً ونظره في العقوبة بالنظر فيما ينبغي ايصاله الى ذلك المجرم من الالام وله كلام طويل في معرفة اللذائذ والآلام واقسامها ذكره عنه بغاية التفصيل والايضاح سعادة الفاضل احمد بك فتحي زغلول في كتابه أصول الشرائع فراجعه تحظ بنفائس هذه الابحاث التي بذل بنتام في كشف القناع عن مخبآتها جهده وذهب البعض الاخر منهم الى انها تستنبط من قواعد كليه مصدرها العقل وادعوا بانها وفروعها اعني نصوص القانون الوضعي عين القانون الطبيعي وهذا المذهب باطل لان القوانين قواعد كلية وهي لا تستنبط الا من جزئيات ولان مثل من يخترع النصوص معتمدا على قوة الفكر لا على مشاهدة الحوادث والظروف واستقرائها كمثل من يعرف الانسان بانه حيوان يأكل بيده مع انه لو تأمل وشاهد الحيوانات الاخرى لعلم ان له مشاركا في هذا الوصف بخلاف من يتبصر في الحقيقة فانه لا يرى له فصلا يميزه الا الناطق او كمثل احد المحامين وقد اضطر الى التنقيب في كتب القوانين فانه لا يبحث فيها لاقتناص شوارد الحقائق بل للوصول الى

معرفة رأي ببديه ليكتسب به دعواه ولو خالف الحقيقة بخلاف من يعتمد في استخراج الحقيقة على المشاهدة فانه لا يزال يشك بعد اول النظر في الحوادث واستنباط رأي في انه اصاب المرمى فيلجأ الى دراستها غير مرة حتى يصيب الحقيقة ودعواهم بانها هي وفروعها عين القانون الطبيعي باطلة لانه ببحث المترافعين والفلاسفة فيها وغيرهم وجد بعضها غير مطابق للعدالة ولنضرب لتسهيل تطبيق الطريقة الاولى مثلا فنقول لنفرض ان قد الزم متشرع بعمل لائحة لترقية موظفي مصلحة او نظارة فكيف ينشىء نص تلك اللائحة على مدة الترقي أيخترعه من فكره ام لابد له من اتباع الطريقة التي تكلمنا عليها . الجواب انه لو كان الاول لصار يخبط في اختراع ذلك النص فتارة يصيب الحقيقة واخرى لا يصيبها بخلاف ما لو حكم دليل المشاهدة بان نظر قبل تقرير نصوص اللائحة الى عدد الموظفين بالمصلحة او الديوان فجعل مدة الترقي مناسبة لهذا العدد بان جعلها طويلة اذا كثر العدد وقصيرة اذا قل عن اللازم لتأدية اعمال تلك المصلحة فانه يصيب النص العدل قطعاً

الفصل الخامس

« في علمي الاخلاق والقانون »

علم الاخلاق هو احد اقسام الفلسفة الذي به يعرف تمييز الخير من الشر واصوله ثلاثة ـ احترام الانسان نفسه باستعمال قواه العقلية في ردجماح شهواته واحترام غيره وهو سبب العدالة وشرط بقاء المجتمع ـ ومساعدة الغير عند الامكان « وهو اصل الاحسان وفضائل المعونة » وغايته على راي بنتام تنظيم اعمال الانسان للوصول الى الدرجة الممكنة في السعادة وعلى ذلك فيجتمع علم الاخلاق والقانون في ان احترام حقوق الغير من اصولهما وفي اتحاد غايتهما

بعدذلك الى التجسس الا في شيء قليل وهو مراقبةمن يتجر في المسكرات سرا اومن يفتح بيوتاً سرية الى غير ذلك وما احسن ما قاله ذلك الفيلسوف حين اعترف بان للعدوي تأثيرًا لا ينكر وانه ربما انتشر الضرر المنحصر بين اشخاص قليلين الى جمهور من الناس فيعم شره وانه في هذه الحالة يجب ان يتداخل القانون · وقس على هذين المثالين ما شا كلهما تعلم الاحوال التي يلزم فيها تداخل القانون — ولان للانسان زاجرًا يمنعه على الدوام من الاضرار بالغير لاسباب منها التعطف الذي يميل بالانسان الى التباعد عن ايلام غيره ومنها المحبة ومنها الرغبة في حسن السمعة والخوف من سوء السيرة لكن ليس كل الناس بصيرًا متنورًا حازماً ذا ثبات وصبر واحساس ادبي سليم حتى يتسنى له الوقوف على النسبة بين منفعته ومنفعة غيره والاكتفاء في سيره بنزاهته وعفته بل السواد الاعظم بعكس ذلك فيجب على واضع القانون ان يساعد على زوال هذا الضعف بالتشويق وايجاد منفعة يدركها العامة حتى يكونوا مبصرين — ولان الاحسان والمعونة مما يختص بهما علم الاخلاق ومع ذلك نرى ان القانون قصر فيما يجب عليه لانه كان ينبغي ان يعد من الجرائم امتناع شخص عن اداء خدمة المحتاج وهو قادر على ادائها اذا تسبب عن هذا الامتناع ضرر كما اذا مر رجل على طريقه فرأى جريحاً ولم يساعده او لم يستدع غيره لمساعدته ومن رأى غيره قابضاً على كاس فيه سم ولم يشعره ومن راى شخصاً وقع في وهدة لا يستطيع الخروج منها بنفسه ولم ياخذ بيده ففي مثل هذه الاحوال يجب ان يتداخل القانون بان يضع عقوبة تشين مرتكبها او يضمنه في ماله بالضرر الذي كان يمكنه ازالته

الفصل السادس

« في علمي القانون والاقتصاد السياسي »

يستمد هذان العلمان من اصل واحد وهو علم المجتمع الانساني ولذلك قد اجتمعا في بعض المسائل كالملكية المؤيدة مشروعيتها قانوناً واقتصاداً بمعنى ان العدل يقتضي منحها لمن سعى في الحصول عليها وان المنفعة التي هي موضوع علم الاقتصاد السياسي تدعو الى تأييدها لان فيه منفعة عامة حيث ان بعد نشر للملكية وتأييدها تكون المنفعة باعثة على السعي اليها والاستكثار منها وهذا ما يفيد الثروة المقصودة من علم الاقتصاد السياسي وكالربا فان العدل والمنفعة يقتضيانه من حيث انه مقابل لحرمان المالك من استعمال نقوده ومن حيث انه مفيد للاستكثار من الثروة بالنسبة للمقترض والمقرض معاً واقول ان الشريعة المحمدية الالهية لا تتقيد في نظرها السامي بما يدعونه مطابقة للعدل والاقتصاد بل تسبر النتائج بمسبار التجربة والحكمة فتؤسس حكمها على ما ينفع حقاً افراد المجتمع لا على ما يضرهم وان البسوه بلاحق لباس الفائدة العامة يدلك على ذلك انها نظرت الى ان المستقرض محتاج لمعونة الغير دائماً فكفاء احتياجه هذا ميلنا لمساعدته وحسبه ثقلاً ما يجب عليه من الدين وانه اذا طولب باصل الدين فضلاً عن ارباحه ربما استغرق امواله فهي تنظر للضرر المتوقع والا فمن يضمن لنا نجاح كل مستقرض في مشروعه الذي يقترض من اجله حتى يكلف بالاصل والربح هذا والربا حرام بنص الكتاب العزيز « (واحل الله البيع وحرم الربا) وذكر الفخر الرازي عند تفسير هذه الآية اسباب تحريمه ونص المقصود من عبارته هكذا

اعلم ان الربا قسمان ربا النسيئة وربا الفضل اما ربا النسيئة فهو الامر

الذي كان مشهوراً متعارفاً في الجاهلية وذلك انهم كانوا يدفعون المال على ان يأخذوا كل شهر قدراً معيناً و يكون راس المال باقياً ثم اذا حل الدين طالبوا المديون براس المال فلن تعذر عليه الاداء زادوا في الحق والاجل فهذا هو الربا الذي كانوا في الجاهلية يتعاملون به واما ربا النقد فهوان يباع منٌ الحنطة بمنوين وما اشبه ذلك وقد كان ابن عباس يحلل ربا النقد وشبهته انه مندرج في البيع ثم رجع عنه وقال بحرمته ايضاً واجمع على تحريمها سائر المجتهدين وسند الاجماع في تحريم ربا النسيئة الكتاب وفي تحريم ربا النقد الحديث ثم تعرض لاسباب تحريم الربا فقال وذكروا في سبب تحريم الربا وجوها احدها الربا يقتضي اخذ مال الانسان من غير عوض ومال الانسان متعلق حاجته وله حرمة عظيمة قال صلى الله عليه وسلم حرمة مال الانسان كحرمة دمه فوجب ان يكون اخذ ماله من غير عوض محرماً فان قيل لم لا يجوز ان يكون ابقاء راس المال في يده مدة مديدة عوضاً عن الدرهم الزائد وذلك لان راس المال لو بقي في يده هذه المدة لكان يمكن المالك ان يتجر فيه و يستفيد بسبب تلك التجارة ربحاً فلما تركه في يد المديون وانتفع به المديون لم يبعد ان يدفع الى رب المال ذلك الدرهم الزائد عوضاً عن انتفاعه بماله قلنا ان هذا الانتفاع الذي ذكرتم امر موهوم قد يحصل وقد لا يحصل واخذ الدرهم الزائد امر متيقن فاخذ المتيقن لاجل الامر الموهوم لا ينفك عن نوع ضرر وثانيها قال بعضهم الله تعالى انما حرم الربا من حيث انه يمنع الناس عن الاشتغال بالمكاسب وذلك لان صاحب الدرهم اذا تمكن بواسطة عقد الربا من تحصيل الدرهم الزائد نقدا كان او نسيئة خف عليه اكتساب وجه المعيشة فلا يكاد يتحمل مشقة الكسب والتجارة والصناعات الشاقة وذلك يفضي الى انقطاع منافع الخلق

ومن المعلوم ان مصالح العالم لا تنتظم الا بالتجارات والحرف والصناعات والعمارات وثالثها قيل السبب في تحريم عقد الربا انه يفضي الى انقطاع المعروف بين الناس من القرض لان الربا اذا حرم طابت النفوس بقرض الدرهم واسترجاع مثله ولو حل الربا لكانت حاجة المحتاج تحمله على اخذ الدرهم بدرهمين فيفضي ذلك الى انقطاع المواساة والمعروف والاحسان ورابعها هو ان الغالب ان المقرض يكون غنياً والمستقرض يكون فقيرا فالقول بتجويز عقد الربا تمكين للغني من ان يأخذ من الفقير الضعيف مالا زائدا وذلك غير جائز برحمة الرحيم

« لطيفة في الجواب عن شبهة من حلل الربا » اذا جاز بيع ثوب يساوي عشرة باحد عشر نسيئة « اي لاجل » او نقدا « اي من غير اجل » جاز بيع عشرة دراهم باحد عشر درهما نقدا او نسيئة عقلا اذ لا فرق بين المسألتين واجاب القفال عن ذلك بما ملخصه ان بيع الثوب الذي يساوي عشرة بعشرين صير الثوب في مقابلة العشرين بمجرد تراضي المتعاقدين فليس فيه اخذ مال من غير عوض بخلاف بيع العشرة دراهم بعشرين درهما ففيه اخذ العشرة من غير عوض فكان ذلك سبباً لتحريمه

واعتقد بعضهم ان العدل الذي هو موضوع علم القانون والفائدة التي هي اساس علم الاقتصاد السياسي شيء واحد وعنون معتقده بنظرية العدل الجالب للغني يريد بذلك مزيد الارتباط بين علمي الثروة والعدل غير انهم انكروا عليه مذهبه فقالوا ليس العدل الثروة وليست الثروة العدل لجواز ان يوجد العدل ببلد فقيرة وان لا يوجد باخرى مثريه ويفترق كل منهما عن الآخر غرضاً لان المقصود من علم الاقتصاد الثروة بخلاف القانون حيث يبحث فيه عن قواعد العدالة واستمدادا فان الاول مستمد من علم الاحصائيات الذي يبحث فيه عن عدد سكان

بلد ومزروعاتها وصناعاتها بخلاف الثاني فانه مستمد من قواعد العدالة الحقة ومن حيث صفة اصولها لاختلاف اصول الاول باختلاف الزمان والمكان كاستمداده بخلاف الثاني فان اصوله العامة ثابتة لاتتغير باختلاف الازمنة والامكنة ومن حيث ان نتائج احكام الاول عامة ولا يمكن حصر مسائلها بالنص والتدوين بخلاف احكام القانون فان نتائجها تختلف باختلاف احوال القضايا فلذلك امكن حصرها وتدوينها

الفصل السابع
« في الغرض من القانون »

قال بنتام ان مطمح انظار الواضع في منح الحقوق وتقرير الواجبات هو السعادة العامة و بالبحث عن اجزاء تلك السعادة نجدها اربعة العيش والرغد والمساواة والامن والسعادة التي مصدرها القانون تكون على نسبة كمال التمتع بهذه الامور الاربعة فوظائفه اربعة تحصيل العيش وتوفيره وتسهيل المساواة وتثبيت الامن واهم شيء في القوانين هو الامن اذ لو فرضنا ان المقنن لم يضع قانوناً لتحصيل العيش لما ترتب عليه انعدامه فان كل واحد يسعى اليه بالطبيعة لكن اذا لم يسن قانون للامن انتفى الباعث على الاول فلا فائدة في قانون يامر الناس بالزراعة والحصد اذا لم يتخذ من الوسائل ما يؤمن الزارع على ثمرات اتعابه وصعوبة فن التقنين توجد في معرفة الغرض الاهم وتقديمه على المهم في حال التضاد لان كل واحد منها يطلب التفضيل وقال ان الحاجة واللذة من بواعث تحصيل العيش قبل القانون غير انهما لا تكفيان اذ لابد من قانون يحافظ للناس على الامن وقت العمل و يكفل لهم ثمرات ما يعملون فذلك امنان امن في العمل وامن على الثمرات فما احسنها من نعمة نتجت من القانون في تحصيل

العيش وان مساعدة القانون على تحصيله مساعدة على الزغد فانه ما دام الامن ضار با اطنابه على الناس تجدد فيهم قوة يكتسبون بها ما يزيد كثيرا عن لوازمهم الضرورية و يدلنا على ذلك انه اذا لم يعمل بالقانون كما اذا انتشبت الحروب وحصلت العوارض المتنوعة حصل نقص في الثمرات والانفس وحصل القحط اوكاد كما شوهد عند القبائل المتوحشة التي لا قانون لها وكما شوهد عند جميع الامم في الازمان القديمة التي كانت فقيرة فيها وكما لا نزال نشاهده اليوم في البلاد التي تماكس الحكومة تجارتها بدل ان تحميها وتشجعها

ثم قال ان الاعتناء بامر الامن من اهم اغراض القانون فالامن نعمة لا تقدر قيمتها وهو عنوان التمدن في البلاد والمرجع فيه كله الى القانون فان غاب القانون تخلف الامن وذهبت وفرة العيش وصار القوت غير مجزوم به وفي هذه الحالة تنعدم المساواة الا في المصيبة ولاجل ان نقف على هذه المنة الكبرى التي تأتينا من القانون نتأمل في حال المتوحشين فنراهم في محاربة مستمرة مع القحط والجوع ونري القحط يبيد العشائر الكثيرة في قليل من الايام تتخاصم القبائل على القوت الضروري فتنشب بينها الحروب الهائلة والرجل يطارد الرجل ليقتات بلحمه كما تفعل الوحوش الكاسرة وانظر الي الامم المتمدنة عند ما ترجع الى الحالة الوحشية اي عند ما تقع الحرب بينها و يبطل العمل بالقانون ترى كل لحظة من لحظاتها تأتي عليها بالمصائب والرزايا وكلما خطت خطوة او تحركت حركة كانت نقصاً من مالها وزوالا في ثروتها تهدم القصور المشيدة كما تهدم الاعشاش و يذهب الغضب العام في لحظة بما اسسته الامة في قرون

فقد فعل القانون ما لا تقوى على فعله الاحساسات الطبيعية فهو الذي اوجد اليد الثابتة التي تنشأ الملك[illegible] الذي يحني رؤس الرجال الى سلطان

التدبر والحكمة فيمتثلون متألمين ثم لا يلبثون ان يروا في ذلك غيرهم فيسترجوا وهو الذي يبعث هممهم الى عمل يفيد في المستقبل واعداء المقتصد بقدر عدد المسرفين الذين يرجون الحياة بلا كد ولا تعب والعمل شاق على الكسول بطيء الانتاج عند ذي الملل فالذين لايعرفون العدل و يركنون الى الغدر يتآمرون على جنى ثمرته والوقاحة والجراءة تحملان صاحبهما على اغتصابها وهكذا نرى الامن متزعزعاً في كل مكان مهددا في كل زمان يعيش بين الانخاخ والاضطراب فينبغي للمقن ان يكون متيقظاً على الدوام قوياً في جميع الاحوال حتى يتيسر له قمع اولئك الاعداء ولكي نقف على انه ينبغي بسط الامن بقدر الامكان يجب ان تلاحظ ان الانسان لايقتصر على الحاضر كالحيوان في اللذة او في الالم بل يجب ان يالم للمستقبل و يستريح لاجله كذلك فلا يكتفي بتأمينه حالا على ما يملك بل يجب ان يؤمن عليه في المستقبل بقدر الامكان و بعبارة ثانية يجب ان يكون بعد امله في الامن بمقدار ما يتخيله من الكسب

وهذا الاحساس له تأثير عظيم في حياة الانسان ونسميه املا اي في المستقبل وهو الذي يبعث الانسان على تنظيم سيره وهو الذي يجمع بين لحظات الحياة بعضها مع بعض والامل سلسلة تجمع بين وجودنا الحالي ووجودنا المستقبل وتصل بيننا و بين من يأتي بعدنا واحساس المرء منبث في جميع حلقات تلك السلسلة والامن يشمل المحافظة على جميع هذه الآمال وهو يقتضي ان تكون الحوادث مطابقة لها على قدر استطاعة القانون وكل امر يخل بهذا الاحساس ينشأ عنه الم مخصوص قائم بذاته نسميه الم فقد الامل

﴿ الفصل الثامن ﴾

« في سلطان القانون على الامل »

قال بنتام الواضع ترجمان الاحساس في الانسان ووزيره فلا يكون القانون حسناً الا اذا وافق الامل العام فينبغي للمقنن اذن الوقوف على سير هذا الامل حتى يتسنى له العمل بموافقته ذاك هو الغرض المقصود في كل قانون فلنبحث الآن عن الشروط اللازمة للوصول اليه

اولها ان يكون القانون سابقاً على الامل وهو اصعب الشروط لانه لا يتصور عدم وجود الامل عند امة من الامم الا اذا فرضنا وجودها حديثاً وانها مؤلفة من احداث سن لم يبلغوا درجة الامل والرجاء فالمقنن في هذه الحالة لا يجد معارضاً له و يمكنه ان يوجه الامال حيث شاء كناقش الحجر يستخرج منه صورة ما يريد لكن الامل موجود عند الامم من قديم الزمان ومنشؤه قانون سابق او عادة قديمة والمقنن مضطر الى مسالمته وملاطفته حتى لا يعاكس احكامه التي يضعها بل ان الامل سابق على كل قانون وجد في العالم اذ رأينا فيما سلف ان شبه الملكية وجد مع الانسان وان كان ضعيفاً وعلمنا ان هذا عبارة عن امل الواحد في البقاء على ما حازه من قبل وعليه يكون القانون متاخراً عن الامل تابعاً له محدثاً لغيره فهو الذي شق له نهراً يجري فيه ولذلك كان كل قانون يخل بالملكية على ما هي عليه موجباً لتعطيل سيره في هذا النهر فهو يقاومه ما استطاع فاذا اراد الواضع سن قانون يخالف الامل وجب عليه ان يبعد زمن سريان احكامه بقدر الامكان و بذلك لا يشعر الموجودون بالتغيير و يخلق الخلق مؤهلاً لقبوله فلا يعدم المقنن في الشباب نصيرا على

الافكار القديمة و يكون قد سالم المنافع الحالية وفسح للناس في الاجل حتى يستعدوا للامر الجديد فتمهد له كل الطرق فيطيعه الامل وكان قبلاً من اعدائه واقول من تامل في كافة قوانين بلادنا الحالية يجد ان واضعيها لم يفتهم هذا الشرط وثانيها ان يكون القانون معروفاً لانه اذا جهل لا يكون له تاثير على الامل ولا يأتي بفائدة وضعه قالوا ان هذا الشرط راجع الى نشر القوانين لا الى القوانين نفسها وربما كانت الطرق التي اتخذت لنشر القانون كافية في الغرض المقصود مهما كان القانون وهو دليل صوري فقط لان معرفة القوانين متوقفة على كيفية وضعها فمنها ما يعرف ومنها ما يجهل وان نشر الكل بطريقة واحدة والاولى هي التي جاءت موافقة لما عند الناس من الامل الطبيعي من دون نظر الى كونه ناشئاً عن عادة قديمة او وهم موروث او منفعة او غير ذلك فاذا طابق القانون الامل علقت احكامه في الذهن بلا تعب لوجوده قبل نشره فيه اما اذا خالفه فيثقل فهمه و يصعب على الذاكرة احرازه اذ الذهن مشتغل بغيره مما يناقضه فمكانه به ضيق و بقاؤه فيه صناعي لا حقيقي واعلم بان الامل الغريزي يتوجه دائماً نحو القوانين التي يهم الامة وجودها اكثر من غيرها لذلك لا يقبل من الاجنبي اذا قتل او سرق او زور ان يعتذر بجهله قانون البلاد لاستحالة ذهوله عن كون فعله الواضح ضرره معاقباً عليه اني وقع وثالثها ان لا يوجد تناقض بين القوانين بعضها مع بعض وهذا الشرط له ارتباط تام بالمتقدم وافردناه لنوضح احدى الحقائق الكبرى كما ينبغي فعدم التناقض شرط في نوال الغاية المقصودة من القوانين لانها اذا احتوت على تقرير قاعدة مثبوتة عند الجميع اذعن الكل اليها بسهولة وقبلوا كل حكم بني عليها لموافقته لامالهم وكل قانون جاء موافقاً لها كان كأنه مفروض من قبل وكل حالة تنطبق عليها

تزيدها رسوخا في الاذهان اما اذا جاء احد القوانين مخالفاً لتلك القاعدة فانه يصير بمعزل في الفكر عن البقية ومخالفته للقاعدة موجبة لعدم بقائه في الذاكرة مثلا من القواعد المقررة في اذهان الناس عموماً رجوع مال المتوفي الى ادنى اقاربه فان جاءنا قانون بحكم يوافقه اطعناه وعرفه كل واحد منا وان جاءنا قانون بحكم يخالفه نفرنا منه وصعب علينا فهمه واحرازه وهذه صفة قانون الانكليز فهو مشوش في باب الميراث كثرت تقسيماته وتعدد الاستثناء فيه وتنوعت الاحكام التي بنيت عليه حتى صار من المستحيل معرفة نصوصه بل فهمها وصارت تحتاج الى تعب في المطالعة كاحد العلوم العقلية العالية ولم يقف عليها سوى القليل ممن امتازوا بالفطنة والذكاء بل ان المشتغلين بها التجؤا الى تقسيمها ابواباً وفصولا اختص كل واحد منهم بشيء منها لاستحالة احرازها باجمعها عند فرد واحد اقول والشريعة الاسلامية رسخت احكامها في باب الميراث لوضوحها باذهان العامة اما الخاصة فكل واحد منهم تراه في هذه الاحكام محققاً يندر ان ينسى شيئاً منها فيحتاج للاطلاع عليه

و يزداد النفور من القانون الجديد الذي خالف القاعدة المقررة في القوانين السابقة عليه بقدر تاصلها في النفس وتمكنها من الاذهان وهذا التناقض يوجب اختلافاً في الاحساس فينعكس الامل وتقل الثقة بواضع القانون

من قوانين تركيا ان يستولى الملك على تركة من يتوفي من الموظفين و يترك عائلته تهبط من درجات الثروة الى درك الفقر المدقع ولعل هذا القانون ماخوذ عن بلاد شرقية اخري توجد فيها تلك القاعدة لكن ملطفة لان الموظفين فيها من الاغوات وقال سعادة احمد فتحي بك زغلول ردّاً على ذلك عجباً لهذا القانون الذي لم نقف له على اثر في غير هذا الكتاب على ان الشرع الاسلامي

منزه عن مثل ما جاء به (بنتام) ولا يوجد قانون موضوع في الدولة تشم منه رائحة تلك القاعدة في الزمن السابق ولا في ايامنا ولعله خلط بين ضبط تركات المتوفين بمعرفة بيت المال ان وجد في الورثة غائب او قاصر او محجور عليه صيانة لحقوقهم وحفظاً لاموالهم من التبديد و بين ما توهم

ورابعها ان يكون القانون موافقاً لاصل المنفعة حتى لا يحصل التناقض المتقدم ذكره اذ المنفعة هي محط رحال الامال كلها ومع ذلك يجوز ان يكون القانون موافقاً للمنفعة ومخالفاً للراي العام الا انها مخالفة عرضية تزول بمجرد ظهور المنفعة للناس فمتى انجلى الظلام عنها هدأ الناس على آمالهم واصطلح الرأي العام ولا يلزم في بيان المنفعة اكثر من وضع النصوص موافقة لها ولا يسامح الواضع في ذلك لان الخطأ متزعزع القدم ان دام يوماً زال في الغد كما لا ينبغي له ان يخشى انكار حقائقه لان الحق لابد يعلو ومن عادة الجديد ان ينفر الناس منه و يجتهد ذوو الاغراض والغايات في اطفاء نوره و يخيل لهم انه على غير صورته الحقيقية ولابد من زمن يثبت فيه النظر و يفرق بين الشيء وما ليس منه فلا تلبث الافكار السليمة ان تتغلب على السقيمة وان خابت اول مره لا تخيب الثانية اذ بالتكرار يعرف كيف تذلل المصاعب. هكذا يكون البدء وكذلك تكون النهاية حتى تستأنس الافكار بالجديد و ينسى الناس كيف بدىء فيه

وخامسها ان يكون القانون على جانب من حسن الترتيب اذ لو فسد الترتيب لاخل القانون بالامل كما يقع ذلك اذا تناقضت احكامه وتنافرت قواعده وتعذر فهمه وثقل حفظه لان لكل امرىء فهماً محدوداً واذا اشكل القانون عجز الكثير عن ادراكه وعدم العلم بالقانون مضعف لتأثيره فيغيب عن الفكر

عند الحاجة اليه واقبح من ذلك ان يفتر به الناس و يبنون عليه امالا باطلة لذلك ينبغي ان يكون سهل العباره والترتيب لتتيسر معرفته عند العامة وتسهل عليهم مراجعته عند الاقتضاء بلا مفسر وتسهل عباره القانون و يحسن ترتيبه اذا وافق اصل المنفعة لان المذهب الذي يبني على مبدأ واحد يكون دائمًا كذلك في الشكل والموضوع قابلاً للترتيب الطبيعي والحصر اللازم

وسادسها ان يكون القانون بحيث يفهم منه كل ناظر فيه أنّ لا مفر من تنفيذه عليه فان رأى منه مهرباً هزأ به وتولدت عنده فكره مخالفة فيكون القانون غير نافع ولا يظهر تأثيره الا عند معاقبة المخالف والعقاب في هذه الحالة يكون غير مؤثر وهو نقص آخر نورده على القانون وما اقبح قانوناً يحتقر لضعفه و يكره لقسوته سواء اصاب المجرم او لم يصبه

والقوانين التي من هذا القبيل كثيره منها القانون الذي وضع في ايام (لا و) (وهو احد رجال الانكليز اشتهر جداً بتضلعه في العلوم المالية ولد في مدينة ايدبنورج سنة ١٦٧١ ومات سنة ١٧٢٩) حيث كان يقضي على الافراد ان لا يبقوا في منازلهم من النقود الا جزأ معينا وظاهر ان كل واحد كان يعتقد انه لا يهتدي اليه ان خالف وتلك الحالة توجد كثيرا في القوانين التي تتعلق بالتجاره واني اشبهها بالنصيب يلعب الناس فيه والمقنن يخسر

و بواسطة هذا المبدأ يسهل حل المسائل التي حارت فيها افكار المقننين مثل حيرتهم في الحكم بملكية الشيء لمن وجده ونجيب بانه اذا كان من السهل على الانسان ان يحوز الشيء من غير مدخل للقانون وجب الحكم به له حتى لا يكون القانون مخالفاً للآمل اذ لو كان القانون مخالفاً لم يعدم الناس سبيلا للهرب منه فهو غير نافع وان امكن تطبيقه في بعض الاحوال كان ظلما واليك مثلاً

يوضح ذلك ـ اول احساس يقوم بالانسان اذا وجد جوهرة انها له وفي الحال يحدث عنده الامل في حفظها لا لرغبته فقط ولكن لوجود فكر الملكية عنده اولاً ـ لانه قابض عليها والحيازة سبب في الملكية ان لم يكن هناك سبب آخر يدل على غير ذلك

وثانياً لان له دخلا في وجود تلك الجوهره فهو الذي استخلصها من التراب حيث كانت لا قيمة لها لجهل الناس بوجودها ـ وثالثاً ـ لانه يمني نفسه ببقائها عنده بدون احتياج الى القانون ورغما عن القانون اذ يكفى له ان يخفيها حتى يتيسر له اقناع الناس بانه ملكها من طريق آخر فاذا قضى القانون بها لغيره فقد عكس امله وقيل في العاده انه ظلم وتعد وفيما قلناه كفاية في الحكم للواجد بما وجده الا اذا قام دليل اقوى على خلاف ذلك وعليه فهذه القاعده تختلف باختلاف حظ الواجد في امكان تملك الشيء الموجود من دون مدخل القانون مثلا اذا راى رجل على الشاطئ فلكا غرقت او اكتشف معدنا او جزيره لا يقوم به في الحال فكر الملكية اذ يعلم من نفسه عدم المقدره على اخفائها فان كان القانون لا يقضى له بها سهل الاهتداء عليه فاذا اعتبر الواضع ذلك فقط جاز له قطعاً ان يقضي بها للواجد او لغيره اكن للقضاء بها مرجح وهو تشجيع الناس على الاكتشاف لما فيه من زياده الثروه ولو كانت الموجودات كلها ملكا للحكومة لما نالها الا القليل

وسابعها وهو الاخير ان يطبق القانون بنصه و يتعلق اداء هذا الشرط بالقانون من جهة و بالقضاه من جهة اخرى فينبغي ان يكون القانون بنسبة تنور الامة والا اذا كان القانون الذي وضع في وقت التأخر هو الذي يعمل به في وقت التقدم اضطر القضاه لا محالة الى استبدال نصوصه بقواعد جديده توافق

افكار بلدهم فيقع التنازع بين القانون و بين العاده الجديده و ينتج منه ضعف في تأثير الاول على الآمال.

وقد اختلف في معنى كلمة شرح باختلاف نسبة الكلام المراد شرحه فشرح كلام المؤلف يفيد بيان المعنى الذي اراده المؤلف عند كتابته وشرح القانون على راي متشرعي الرومانيين هو العدول عن معناه الذي يؤخذ من صريح لفظه الى معنى آخر بدعوى انه مراد الواضع حالا وعليه ينعدم التحقيق في فهم القانون نعم ربما كانت نصوصه غامضة المعنى او صعبة الفهم او متضاربة الا ان العامة لاتزال تفهم معناه وتشعر بمراد واضعه ونقف على ما يمكن ان ينشأ عنه من الضرر لكن اذا زعم القضاه ان لهم حقًا في تفسيره اي في استبدال معناه باميالهم واغراضهم ارتفع الامن عليه ووجد الهوس في تطبيق نصوصه وغابت نتيجة القضايا عن المتخاصمين وخشي الناس عواقب هذا الضرر وقد شبهوا الاعتساف القانوني بالثعبان يدخل بقية جسمه حيث اوجد راسه ولو فرضنا ان في هذا السير خيرا لخفنا منه ايضًا لان الاستعلاء على القانون سيئ العاقبة وان كان له بعض الآثار المحموده في مبدأ الامر على ان خيره محدود فلا فاصل بينه وبين الشر ومنه الى ازعاج الخواطر فيحدق الخطر بالناس بلا استثناء

ومن اخص الصفات في قضاه الانكليز محافظتهم الشديده على تطبيق نص القانون ان وجد او الرجوع في احكامهم الى الاحكام السابقة بقدر الاستطاعة وهو عمل شاق كما ترى وربما كان له بعض المحظورات لكنه غاية في حرية الضمير والصداقة في احترام الحقوق لذلك كان ابغض شيء عند الانكليز قانون يسرى على الماضي واقول قال بعض الخلفاء « نحن اولى بالعدل من كسرى » وهي جملة غاية في الحث على اتباع قواعد العدالة التي جاء بها الشرع الشريف وذكر

فان الذكرى تنفع المؤمنين

الفصل التاسع

« في بيان بعض الخطأ الواقع في علم القوانين »

قال بنتام من الخطأ في القانون ان ينسب اليه من الآثار الطيبة او الرديئة ما ليس منه وان يعلل بقدمه فان مجرد القدم وان ساءت الآثار لا يكون مرجحاً له او بالسلطة الدينية مجردة عن الحكمة او الطعن فيه بالجدة لان كل موجود كان بدئياً وكل تأسيس كان جديدا ولان من استحسن قانوناً لكونه قديماً فكانه كان يستقبحه لو كان جديدا وكذلك من الخطأ فيه ان يحد بتعريف فاسد كما وقع من مونتسكيو وروسو حيث عرفه الاول بانه نسب ابدية وهو تعريف غامض و بانه فكر العالم الانساني الذي يحكم على جميع الامم وعلة فساد هذا التعريف اننا نرى القوانين بعضها يناقض الآخر وان الفكر ليس بقانون لوجود التناقض بينهما غالباً وعرفه الثاني بانه مظهر الارادة العمومية ووجه فساده انتاجه ان لا قانون الا ما وضعته الامة فردا فردا فكل قانون موجود اليوم يجب الغاؤه الا قوانين الامم الجمهورية وان يعلل بامر ظهر فساده للعيان ثم يجعل اساساً للبحث كما وقع لروسو حين قال ان اساس القانون هو العقد الاجتماعي وان يعلل في شرح مباديه بمجرد قولهم العقل يقضي بكذا لان غاية ما عساه يدلنا عليه هذا القول اعتقاد المتكلم صحة ما يتحدث به فيجب اذن عليه اثبات علة قبول العقل لما يقول وان يعلله المقنن باصل الميل والنفور لان مبناه الاستحقاق للمكافاة او للعقوبة حسب الاحوال والاستحقاق امر مبهم فالاولى تعليله بالنظر الى الفعل من جهة خيره وشره

واعلم ان القول بفساد التعليل بالميل او النفور انما هو في جانب المقنن فقط

لان ميل الامة او نفورها ربما كان من اعظم الاسباب التي تجب مراعاتها فلا يليق بواضع القانون ان يعمد الى تغيير قانون او عادة وان خبثت وساء اثرها ما دامت القلوب مجتمعة على استجسانها وسبب تلك المراعاة لا يكون ميل الامة او نفورها بل خوف المقنن من الشر الذي ينتج عن مخالفة تلك الاميال ومع ذلك ينبغي ان لا يكون عبدا لاغراض الامة وان لا يتعالى عليها بل عليه ملازمة التوسط اقول ومن الخطأ فيه ايضاً ان لا تكون تعاريفه منطقية اي جامعة للشروط المذكورة في باب التعريف بعلم المنطق وان لا ترجع قضايا براهينه الى اشكال القضايا المنطقيه وان لا يكون موافقاً لقواعد العدالة الصادقة هذا وختم بتمام قوله بان لسان الخطأ مضطرب غير ثابت في مقاله متلعثم في عبارته ومن علاماته كثرة الالفاظ المترادفة وزيادة الكلمات المفخمة التي يحتاج اليها في ستر الخطأ فيركن المرء الى تغيير اساليب الكلام حتى لا يمجه السامع ولا يمله القاريء اما لسان الحقيقة فبسيط لا يختلف

الفصل العاشر

« في اقسام علم القانون »

ينقسم علم القانون الى طبيعي ووضعي فالاول هو القانون الغير المدون المدرك بالعقل وقد عده الفرنج علما منذ جيل والثاني هو القانون الذي ادركه الواضع فقط وجعله مشتملاً على نصوص الاوامر والاول يتوصل به الى مبادىء الثاني الموافقة للعدالة وهو المرجع لحل حادثة لم ينص عليها الثاني (مادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية) ولنضرب لذلك مثلاً فنقول اصدرت المحكمة المختلطة احكاماً تقضي بالزام المتعدي على المؤلف او الصانع في مؤلفاته او مصنوعاته بدفع تعويض اليه مع عدم نص القانون المختلط على هذه

الحادثة اعتماداً على المادة التي نصت على ان قواعد العدالة والانصاف ينبغي تطبيقها عند عدم نص القانون فما هي القواعد التي هذا شأنها نقول انها هي الاصول التي هي مبادىء لذلك القانون الطبيعي وحينئذ فلا مغايرة بينهما في الحقيقة وغاية الامر ان القانون المدون كافل بتنفيذ مبادىء القانون الطبيعي

و ينقسم ايضاً الى اهلي ومختلط فالاول ما كانت نصوصه منطبقة على احوال بلاد مخصوصة والثاني ما كانت احكامه منطبقة عليها وعلى احوال من بها من الاجانب والى عرفي ومدون فالاول ما كان الامر فيه لعرف الناس خاصة والثاني ما دونت احكامه على نصوص صريحة والى داخلي وخارجي فالاول ما يختص بالاحوال الداخلية بين السكان على اختلافهم بعضهم مع بعض و بينهم و بين حكومتهم والثاني هو الكافل حفظ العلائق بين جملة من الممالك المبين حقوق افراد رعاياها

ثم ينقسم الداخلي الى عام وخاص فالعام هو ما يبحث عن نظام الحكومة وعلاقات افرادها معها وهو ينقسم الى نظامي واداري وجنائي فاما الاول فهو المعين لشكل الحكومة ككونها جمهورية او ملوكية او غير ذلك ولانواع دواوينها ومصالحها والمبين لعلاقاتها بعضها مع بعض وهو يختلف باختلاف احوال السكان وعوائدهم وقد ادرجوا في مسائله ما يسمى بالحقوق العامة التي تخول للافراد التأثير على سير اعمال الحكومة كحرية الافكار والاجتماع وحق الانتخاب وغير ذلك واما الثاني فهو الباحث عن علاقات الافراد مع الحكومة وذلك ان الحكومة النظامية يكون لها حقوق تخالف حقوق الاهالي وانه هو الحاسم لما يقع من الخلاف بينهما كما لو ارادت الحكومة المصرية مثلا فتح شارع يمر باملاك الاهالي فان القانون الاداري يخولها الحق في نزع املاكهم مع الزامها

الا انني ادري باني قد بسطت سير قضية امام المحكمه من دون مغالاة ولا تغيير ومع ذلك لم ادخل في المسائل الفرعيه التي تعرض غالباً في الدعاوي فتعيق سيرها اكثر مما سبق ولم اذكر الالفاظ الفنية التي هي سر من الاسرار بالنسبة لغير المشتغلين بالقانون واعلم ايضاً ان الامة اكبر من العائلة فانا اطلب من احزاب هذه الطريقة ان يبينوا الي السبب الذي اوجب ان طرق المحاكمات التي تؤدي الى الغاية المقصودة من العدالة المستعملة في العائلة الخصوصية لاتصلح لاستعمالها في الامة بتمامها » واني وان لم اكن من المعجبين بهيئة المحاكمات امام قضاة الشريعة الاسلامية اراها اشبه بكيفية محاكمات الرجل لافراد عائلته وابعد عن الطريقة التي وضعتها

ثم قال بعد ذكره احد عشر مثالا لم ات منها الا بثلاثة اكتفاء بها وهذه الامثلة التي ضربناها تكفي لمقنن كل امة اذا اراد ان يضع لها قانون امة اخري في تنبيهه الى مايلزم اتخاذه من الوسائط وما يجب عليه من ملاحظة عوائد امة وملاحظة احساساتها حتي يجيء قانونه موافقاً الى الاحوال التي تكتنفنا مما لامحيص عنه

والقواعد التي يجب على ذلك المقنن اتباعها هي —

الاولى ان لايغير قانوناً او عادة الا لسبب مخصوص يبينه قبل احداث التغيير « والثانية » ان لا يعد من الخير تغيير عادة لمجرد منافاتها لعوائده واحساساته لان في ذلك مرضاة له او لعدد قليل والما لجميع الناس او للسواد الاعظم منهم على انه لوصح مجرد الميل او النفور سبباً في التغيير لما وقف عند حد فأن كان ذوقي سبباً يحملني على التغيير فذوق غيري سبب يحمله على عدمه وهكذا (والثالثة) اسهل الاستحداثات امتناعه عن تقرير عادة مقيدة لحرية الافراد « والرابعه » ان

يجعل مزية القانون الحقيقية مساوية لمزيته العقليه بعد حذف الاشمئزاز الناتج عنها والمحظورات التي تحدث عن ذلك الاشمئزاز (والخامسة) ان يستعمل التقنين بالواسطة لانه اولى من التقنين مباشرة في ملافاة الاشمئزاز وكانت (كترينه الثانيه) ماهرة في فن الاستيلاء على الافكار فلم تضع قانونًا لالزام شرفاء الروس بالدخول في الخدمه العسكريه التي كانوا يترفعون عنها الا انها بينت المناصب وحددت الدرجات ورتبت التشريفات حتي في الملكية على حسب الرتب العسكرية فخملت من يميل الى حب الفخفخة والظهور على مغالبة الكسل والبطالة وخشي شرفاء البلاد والاقاليم ان يكونوا اقل درجة من مرؤسيهم فسارعوا الى نوال شرف الخدمة العسكرية (والخامسة) انه اذا اراد ادخال عدة قوانين فعليه ان يبتدىء بالذي يكون مسهلاً لغيره منها (والسادسة) ان لا يتمهل فى العمل الا اذا اتخذ ذلك سبيلاً لملافاة الاشمئزاز

نتج من هذه القواعد ان المقنن اذا اراد احداث تغيير مهم في الامة يجب عليه ان يسير الهوينا من غير طيش ولا تطرف وعليه ان يخشى من ايقاد نيران الشهوات وتحريك النفوس على الاستعصاء الذي ربما اغضبه وليجتهد ما استطاع في ان لا يوجد له اعداء قد شملهم اليأس والاولى به ان يلاطف الجميع ويوفق بين غرضه ومرضاتهم ويحترم جميع المنافع ويعوض على من يخسرون ويتحد مع الزمان حيث كان لان الزمان اكبر مساعد على كل تغيير فهو كالكيماوي يوافق بين المتضادات ويذلل جميع الصعاب ويجذب قلوب المتشعبين ومتي كانت القوه الحقيقية في قبضة الانسان لا ينبغي له استعمالها ليريها للناس بل يحسن ان يكشف عنها نصف الغطاء لان ذلك ادعي الى النجاح

الفصل الثاني عشر

(نظريات في اساس الحق)

ذهبوا في ذلك مذاهب شتي منها مذهب المنفعة ومعناه ان المنفعة التي هي اساس علم الاخلاق الاعم من القانون يسوغ ان تجعل اساساً لعلم القانون الاخص بطريق الاولى غير انهم انكروا هذا المذهب لان المراد وضع اساس خاص بعلم الحقوق لااعم منه ومنها مذهب حاجة الشخص لانه لولاها لما وجد الحق فهي اساس له وقد انكروه ايضاً بدليل ان الحيوانات محتاجة لكثير مما تمس حاجتنا اليه مع ان المتشرعين لايقررون لها شيئاً من الحقوق وانه ربما تشتد حاجة المطلع الى كتاب يفيده فائدة لايستغني عنها ومع ذلك لايجوز له سرقته من حرزه المعدله اتكالا على شدة حاجته فبطل كون الحاجة المادية او المعنوية اساساً للحق ومنها مذهب حاجة المجتمع بمعني ان كل مجتمع له ضروريات مادية ومعنوية يرغب قضاءها بامتلاك المستعمرات مثلاً لرواج المصنوعات والتجارات ونحوها فهذه الحاجة تخول له حق ذلك الامتلاك وقد انكروا ذلك ايضاً محتجين بان حاجة الشخص والمجتمع ايا ما كانت سواء ومنها مذهب القانون الوضعي بمعني ان ذلك القانون هو وحده اساس الحق وقد اعترضوه بان القانون الوضعي انما هو مدون للحق الثابت في الواقع ونفس الأمر لا اساسه نعم انه يعتبر بعد ذلك اساساً للحقوق المدونة به متي كان الواضع مصيباً ومنها مذهب المساواة بمعني اننا نري بالمشاهدة ان التفاوت صفة لما عدا الحقوق اما هي فالمساواة صفتها فحق الملكية مثلا لم يتقرر الا بعد ان تساوي فيه جميع افراد المجتمع وانكروه بان المساواة شرط للحقوق ولا يكون شرط الشيء اساساً له ومنها مذهب الحرية المقيدة بالواجب ومعناه انه قد ثبت بالمشاهدة انه لولا الحرية المقيدة باحترام حقوق الغير وهو الواجب لما كانت

الحقوق وانكروه بانه اساس لبعض الحقوق التي تخولنا الحرية في العمل لا الحقوق الاحترام اذ ليس علينا فيها عمل فلا يقال ان الحرية اساسها ومنها مذهب كون الانسان جديرا بمعنى انه مادامت الحقوق قاصرة على الانسان فاساسها كونه جديرا بها واعترض عليه بان من الحقوق مايكسب الانسان حفظ مابيده والحصول على ماليس عنده وكون الانسان جديرا لايكسبه الا الحقوق العائدة عليه بالاحترام وهي بعض تلك الحقوق ومنها مذهب الضمان الضروري لتادية الواجب وذلك لان مقابل جميع الحقوق واجبات والعكس بالعكس فالحياة انما كان لنا الحق فيها لانها هي الضامنة لتادية ماخلقنا لاجله والمرتب انما كان لكل موظف عامل الحق فيه في آخر كل شهر مثلا لانه الكافل الوحيد لاداء المستخدم واجباته في هذا الشهر وهكذا وعلى ذلك فالحق هو نتيجة ما يضمن اداء الواجب وهذا هو ارجح المذاهب السالفة والمعتمد عليه في بيان اساس الحق

الفصل الثالث عشر

(في اقسام الحق)

ينقسم الحق الى عيني وشخصي وكامل وناقص وحق يوجب الاحترام وآخر المساعده فالعيني هو مايكون على الشيء مباشرة كحق الملكية والانتفاع الى غير ذلك والشخصي ويسمى حق الدائن هو مايقع مباشرة على المدين وعلى العين بواسطته والكامل هو ما كان موضوعه محسوساً كحق الملكية فللمالك التصرف في ملكه كما يشاء غير انه وجد له حد بالقوانين الوضعية وهو عدم الاضرار بالغير وغير الكامل هو ما كان موضوعه غير محسوس ولا تطمئن اليه النفس كحق الانتفاع الذي للزوج على اموال زوجته عند الفرنساويين وقد ذكره حضرة المتشرع الفيلسوف قاسم بك امين القاضي بمحكمة استئناف مصر فقال في كتابه

وهو «الرد على دركور» ان البراهين التي القاها على استاذي في القانون المدني بفرنسا على مابذله فيها من حسن التنسيق مازالت لاتفيدني الاعتراف بهذا الحق الموجود بالقانون الفرنساوى ــ والموجب للاحترام هو القوة التي بها عمل امر ما او حفظ مالدينا وسمي كذلك لانه لايكلف الغير الا باحترام اعمالنا او ماهو لدينا ـ والموجب للمساعدة هو قوة قانونية نحصل بها على شيء من الغير لمساعدتنا على تادية واجباتنافقليل الحظ له الحق في طلب المساعدة من القادرين عليها وصاحب المعروف له الحق في ان يعترف له بالجميل والوالدان اذا مسهما الضر لهما الحق في كشف الضر عنهما من الولد الى غير ذلك وقد انكر هذا الحق اناس لاخلاق لهم ولكنهم غابت عنهم هذه الحقيقة وهي الناس مدينون لبعضهم لانهم لايبقون الا بمساعدة بعضهم بعضا .

الناس للناس من بدو وحاضرة　　　بعض لبعض وان لم يشعروا خدم

و ينقسم الحق ايضاً الى مابه العمل والمنع فالاول هو الذي يبيح لنا مضادة الغير كحق الدائن فانه يخول له مطالبة المدين بالدفع عند حلول الاجل وكحق المالك فانه يكسبه استرداد ملكه ممن اغتصبه منه والثاني هو مابه يمنع الغير من كل عمل يضرنا كحق الملكية فانه يجوز به منع الجار من فتح كوة على فناء الدار او بستانها واذن فحق الملكية مشترك بين القسمين كما رايت

والى طبيعي ومكتسب فالاول هو الذي لنا بالطبع كالحياة والحرية وغير ذلك من الحقوق التي تكتنفنا منذ نشأتنا والثاني هو الذي يستلزم حصولنا عليه عملاً خارجياً كالملكية والى حق الاكراه وحق الدفاع عن النفس فالاول هو الذي به نحترم الحقوق المجحوده وهو من حقوق الحكومة لانه لايجوز ان يعطي لكل فرد الحق في ان يقضي لنفسه بنفسه بل لابد له للحصول على حقوقه الغير المعترف بها من ترك

الامر الى الحكومة وهو لا يكون الا عند التهديد بالخطر الشديد (راجع نظرية حق الدفاع عن النفس في قانون العقوبات)

الفصل الرابع عشر

(الحقوق والواجبات)

لما كانت الحقوق خيرا وجب على المقنن منحها بسهولة اما الواجبات فلا بد ان يغلب نفعها على ضررها وتوضيحه انه ما من شيء من هذا العالم الا وفيه نفع وضرر ولكن النفع اغلب عليه من الضرر والا لم يكن له بقاء فيه وفرض الواجبات نفعه عظيم من المحافظة على الانفس والاموال والاعراض والشرف والحرية وغير ذلك وفيه ضرر اذ فيه تقييد الحرية وآلام تقل تارة وتكثر اخرى فيجب على سان القانون ان يلاحظ الامرين وغلبة الاول والا كان مضرا بالهيئة الاجتماعية و يبين السبب في وضع ما وضعه من عقوبة او تسلط بعض الافراد على آخر او غير ذلك وان نفعه اكثر من ضرره والنتيجة انه متى كان وضع القوانين لاسباب ومنافع ارقي من مضارها وكثرت مزايا الحقوق ترقت الامة الى اوج الكمال لجريانها على السنن الطبيعي الذي وضعه الخالق سبحانه وتعالى

الباب الثالث

(في القوانين)

الفصل الاول

(في منشأ سلطة التشريع والتنفيذ)

تدلنا مشاهدة المجتمع على وجود ائتلاف بين افراده على مقتضاه يعيشون متضامين متعاونين فيما يعود عليهم برغد العيش والامن وعلى ان ذلك الائتلاف

هو منشأ جميع عقودهم الصريحة والضمينة ـ وانه قد يحصل في الاولى تنازع (فيقيم احد المتعاقدين على الآخر الحجة بانه نسي شرطاً كان من الواجب بيانه او بان الفاظ العقد لا تدل على مقصوده او يدعى اجنبي بان عقدهما اضر بحقوقه) وانه قد يحصل التنازع ايضاً في الاخذ بالضمينة بدفع احدهما له بقوله انه لا تقتضيه العدالة مثلاً ـ وان من الناس من يتعدى على مال غيره وحياته او على الحكومة ـ وانه حينئذ اذا اريد حسم ذلك النزاع ومنع هذا التعدي كان من الضروري ايجاد سلطة في المجتمع تضع القواعد التي بها يحصل ذلك الا وهي سلطة التشريع ـ وان عملها لا يجدي نفعاً اذا لم تقم اخرى بالزام الناس به وهي سلطة التنفيذ

(تنبيه) ومنشأ القانون الدولي الخاص قواعد العدالة والانصاف والاصول التي اقرت عليها نواب الامم في مؤتمر (لاهيه) بخلاف الدولي العام فان استمداده المعاهدات كما سلف

الفصل الثاني

(في قوى الحكومة)

وظائف الحكومة نوعان تشريعيه وتنفيذيه فهل يجب تسليم زمامها لاحد الافراد او لمجلس من الامة او تسليم كل نوع منهما لشخص او لمجلس (الجواب) ذهب الاوروباويون والامريكانيون الى وجوب تسليم كل منهما لسلطة معينة وسموا نظريتهم هذه (بمسئلة فصل قوى الحكومه) وجعلوها احدى نظريات القانون النظامي الحديث مستندين على ان عمل الحكومة في البلاد المتمدنة صار غاية في الارتباك حيث وجب عليها رعاية حقوق اكثر من التي كانت تراعيها سابقاً فلا تكفي اذن سلطة واحدة لتاديته وانه لو سلمت تلك الوظائف لمجلس

او لاحد الافراد لنفذ جميع رغباته غير مكترث بالصالح العام حيث لا رقيب عليه بخلاف نظرية فصل القوى فانها ضامنة لحقوق الافراد لكن لم يجعل الاوروبيون بين سلطتي التشريع والتنفيذ العزله المطلقة بل جعلوا بينهما علاقات بحل القانون النظامي ما يحصل بشأنها من المنازعات وذلك انهما يؤديان عملا واحدا فوجب ايجاد الالتئام بينهما وانه لايجوز حرمان سلطة التنفيذ من التداخل في وضع القوانين حيث انها مسؤلة عن تنفيذها فضلا عن كونها ادرى باحتياجات الامة كما انها مطمح انظارها وملجا مضطرها بخلاف الولايات المتحدة فانها قررت بينهما العزلة المطلقة

وجرى الخلاف في القضاء فمنهم من ذهب الى انه فرع من سلطة التنفيذ ومنهم من راي انه سلطة ثالثة مستقلة عن الحكومة لئلا يحابي محبها او يضر عدوها ولذلك قرروا للقائمين به عدم جواز العزل بخلاف سلطة التنفيذ وجوزوا رفع قضايا بين هذه السلطة والافراد فلوقلنا ان القضاء منها لصار خصما حكما واما جعل اسم رئيس سلطة التنفيذ عنوانا للاحكام فلا يدل على ارتباط القضاء بها وانما يدل على ان الاحكام وطنية تصدر باسم رئيس الامة واقول يتأيد الراي الاول بان القضاء والقوة التنفيذية كليهما ينفذان القانون احدهما باوامره واحكامه والآخر بالقوة والاكراه واما عدم جواز عزل القضاه فانما يقتضي ان لاحدهما مزايا ليست للآخر لا تقتضي انفصالهما واستقلال احدهما عن الآخر ولا تلزم صيرورة القوة التنفذية خصما حكما لجواز ان تخصص تلك القوة بغير القضاء الذي هو منها ايضاً ولاضير في ذلك فلو جرت منازعة بين المدير واحد الافراد جعل القاضي فاصلا للنزاع فيها فالخصم غير الحكم وان كانا من رجال سلطة التنفيذ

وللجناب الافخم الخديوي سلطتا التشريع والتنفيذ غير ان نصوص القانون

النظامي اشركت معه غيره في السلطة التشريعية حيث جاء بدكريتو ٦ يناير سنة ١٨٧٩ انه يجب على مجلس النظار عرض القوانين على الجناب العالى لامضائها منه وانه على الحكومة تقديم مشروعاتها الى مجلس الشورى لابداء رأيه فيها

أقول والشريعة الاسلامية جعلت القوة التنفيذية وقوة القضاء بل احكام الدين والدنيا للسلطان الخليفة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم المقيد بالشرع الشريف يخول ما شاء لمن هو اهل قال الشيخ الامام عبد السلام في شرحه على الجوهرة في علم الكلام وواجب على الامة وجوبا كفائيا نصب امام اي اقامته وتوليته فيخاطب بذلك جميع الامة من ابتداء موته عليه الصلاة والسلام الى قيام الساعة فاذا قام به اهل الحل والعقد سقط عن غيرهم لافرق في ذلك بين زمن الفتنة وغيره هذا مذهب اهل السنة واكثر المعتزلة ومتى اطلقت الامامة انصرفت للخلافة وهي رياسة عامة في امور الدين والدنيا نيابة عن النبي صلى الله عليه وسلم ووصف الامام بقوله عدل وهو الذي لا يميل به الهوى فيجور في الحكم ثم قال والمراد به عدالة الشهادة وهي وصف مركب معنى من خمسة شروط الاسلام والبلوغ والعقل والحرية وعدم الفسق بجارحة او اعتقاد فخرج غير المكلف كالصبي والمعتوه لانه قاصر عن القيام بالامور على ما ينبغي والعبد لانه مشغول بخدمة السيد لا يتفرغ للامور مستحقر في اعين الناس لايهاب ولا يمتثل امره واما كونه ذكرا فهو مأخوذ من تذكير الوصف فلا يكون الامام امرأة ولا خنثى مشكلا لانه اشبه بالنساء الناقصات العقل والدين الممنوعات من الخروج والفاسق لا يصلح لأمر الدين ولا يوثق به باوامره ونواهيه والظالم يختل به امر الدين والدنيا فلا يصلح للولاية وقد علم من قوله نصب ان مستجمع شروط

الامامة الصالح لها لا يصير اماما بمجرد صلاحيته لها واستجماعه شروطها كما اتفق
عليه الائمة واستحسن محشيه انه لا بد من نصب جماعة المسلمين له وقال صاحب
الدر المختار نقلا عن الاشباه امر السلطان انما ينفذ اذا وافق الشرع والا فلا ثم قال
فلو امر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء ان ينصحوه و يقولوا له لا تكلف
قضاتك الى امر يلزم منه سخطك او سخط الخالق تعالى ونقل محشيه ان صاحب
البحر نقل عن ائمتنا ان طاعة الامام في غير معصية واجبة واما سلطة التشريع
عندنا فقد عرفتها مما تقدم في الكتاب عند ذكر الوحي وطبقات العلماء وانهم
لا يخرجون عما انزله الله على نبيه صلى الله عليه وسلم

الفصل الثالث

مقارنة بين سلطتي التشريع والقضاء

ان بين هاتين السلطتين المختصة اولاهما بسن القوانين وثانيتهما بتطبيقها على
ما يحصل من الحوادث اختلافات لا بد من بيانها فنقول

تعمل اولاهما من تلقاء نفسها من غير اكراه ومتعلق عملها الحوادث العامة
المستقبلة وسلطتها اكبر من سلطة صاحبتها لان متعلق عملها الحوادث العامة
بخلاف الثانية فانها لا تحكم من تلقاء نفسها بل لا بد من رفع الامر لها ففي المواد
المدنية يطلب منها الحكم احد المترافعين وفي الجنائية تطلبه النيابة اي القائمة مقام
الامة لكنها قد تحكم من تلقاء نفسها فان للمحكمة التجارية اعلان تفليس مدين
من تلقاء نفسها حسب مادة ١٩٦ من القانون التجاري الاهلي ونصها « الحكم باشهار
الافلاس يجوز ان يصدر بناء على طلب نفس المدين المفلس او طلب مداينه او
او الوكيل عن الحضرة الخديوية او تصدره المحكمة من تلقاء نفسها » ـ وتلزم قانونا
بالحكم فلا يقبل منها الامتناع عنه لكون النص مبهما او لعدم وجوده اذ لها حينئذ

تفسيره مطلقا او تطبيق قواعد العدالة والانصاف في المواد المدنية على الحادثة المراد الحكم فيها وتبرئة ساحة المتهم في الجنائية ولا تشتغل الا بالحوادث الخاصة لانها لو اشتغلت بالعامة لصارت سلطة تشريعية وبما حصل من الحوادث ولا تصدر احكامها الا بناء على حادثة معينة

نتج مما ذكر انه ينبغي تقليد اعمالها لسلطتين لا لواحدة وخالف ذلك بنتام فقال اني لم اجد بين المؤلفين الذين اعتبروا هذه السلطة «اي القضائية» قسما قائما بذاته من عرف الفرق بينها وبين ما امتازت عنه والذي اراه ان اوامر المقنن تصدق على عدد عظيم من افراد الامة واوامر القاضي كذلك لان الاحكام تصدر على بلد بتمامها او طائفة باكملها كما تصدر على فرد واحد وكذلك نرى في كثير من احكام المقنن اه والتحقيق ان قول بنتام صحيح غير انه لم يحط باطراف الموضوع خبراً لانه لو ارسل اليه اشعة التدقيق لاستخرج تلك الفروق التي ذكرناها سالفاً ولما خالف الذين جعلوا القضاء سلطة مستقلة عن سلطة التشريع

الفصل الرابع

«في شروط واداب القاضي الاهلي والشرعي»

ذكر بالمادة ٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية مانصه يشترط فيمن يتعين قاضياً بالمحاكم الاهلية ان يكون ذا دراية كافية بالقوانين وان يكون متمتعاً بالحقوق المدنية وان لايكون حكم عليه بحكم مخل بالشرف

ويشترط فيمن يتوظف قاضياً بالمحاكم الابتدائيه ان يكون سنه خمساً وعشرين سنة بالاقل وفيمن يتوظف بمحاكم الاستئناف ان يكون سنه ثماني وعشرين سنه بالاقل اما من يتعين رئيساً فيكون سنه اثنين وثلاثين سنة بالاقل وبالمادة الاولى من دكريتو ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٣ مانصه لايجوز توظيف احد

بوظيفة قاض في احدى المحاكم الاهلية ولا بوظيفة عضو النيابة فيها الا اذا كان بيده (ديبلوما) من مدرسة الحقوق الخديوية بمصر او باحدى مدارس اوروبا دالة على اتمامه الدروس في علم الحقوق ومع ذلك اذا كانت الشهادة صادرة من احدى مدارس اوروبا يشترط ان يكون طالب التوظف حاصلا على شهادة البكالوريا من احدى مدارس الحكومة المصرية و يحسن الاجابة في امتحان يختبر فيه باللغة العربية في القوانين المصرية امام لجنة يعينها ناظر الحقانية لذلك فان لم يحسن طالب التوظف الاجابة عند الامتحان في اول دفعة يسوغ له ان يتقدم للامتحان بعد ذلك مرة واحدة او اكثر في ظرف ثلاث سنين من تاريخ امتحانه في الدفعة الاولى بحيث يكون بين كل مرة واخرى ستة اشهر و بعد انقضاء مدة الثلاث سنين لا يجوز قبوله للامتحان ثانياً واذا ظهر من الامتحان ان طالبي التوظف الذين توفرت فيهم الشروط اللازمة متساوون في المعرفة يرجح من يحسن الاجابة في امتحان يختبر فيه عن احكام المعاملات في الشريعة الاسلامية و بالوجه الثالث من المادة الثانية منه لا يعين احد بوظفية قاض في محكمة ابتدائية الا اذا ادى مدة سنة وظيفة وكيل للنائب العمومي و بالوجه الثاني منها لا يعين احد بوظيفة وكيل للنائب العمومي الا اذا ادى مدة سنتين وظيفة مساعد نيابة و بالوجه الاول منها لا يعين احد (ممن استجمع الشروط المنصوص عليها بالمادة الاولى السالفة) بوظيفة مساعد نيابة الا اذا الحق في احد اقلام الكتاب بالمحاكم او بالنيابة العمومية مدة سنه او اشتغل مدة سنتين بمكتب احد الافوكاتية المقبولين امام المحكمة المصرية باعمال المحاماة او اقام في احدى مصالح الحكومة مدة سنتين بوظيفة تستلزم معارف قانونية و بالوجه الخامس منها لا يعين احد بوظيفة قاض في محكمة الاستئناف الا اذا ادى وظيفة رئيس نيابة او قاض من اول درجة كما سيبين فيما يأتي و بالوجه

الرابع منها لا يعين احد بوظيفة رئيس نيابه الا اذا مضي عليه في الخدمة مدة ثلاث سنين من وقت تعيينه بوظيفة وكيل للنائب العمومي.

وواجباته كثيرة منها الاقامة بمركز المحكمة المنوط باصدار الاحكام فيها ومنها عدم الانقطاع عن الحضور في الجلسات الا لعذر شرعي و بعد الاذن ومنها الالتزام بالحكم والا عوقب لانه اذا لم يجز للافراد فصل القضايا من تلقاء انفسهم ولم يجب على رجال القضاء الحكم فكيف تفصل الخصومات ومنها موافقة احكامه لمقتضي الذمة والا ضاعت الحقوق وزال الامن ومنها كتمان سر المداولات والا عرضوا انفسهم لمناقشات المتخاصمين فيخدش شرفهم ومنها الامتناع عن كل مامن شانه الاخلال بشرفه فلا يليق به ان يقبل تنازلا عن حق متنازع فيه او ان يعطي رأيا بالمشافهة او الكتابة في قضية وان كانت من اختصاص محكمة غير التي يقضي بها وكل قاض لم يحافظ على هذه الواجبات يؤدب بما ذكر في القانون

و يشترط في القاضي الشرعي ان يكون مسلمًا عاقلاً بالغًا حرا غير اعمى ولم يحد في قذف و ينبغي ان يكون موثوقًا به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه والاجتهاد شرط الاولية ومثله المفتي ولا يطلب القضاء بقلبه ولا يساله بلسانه و يختار الاقدر والاولى به ولا يكون فظًا غليظًا جبارا عنيدا لانه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكره تحريما التقلد أى أخذ القضاء لمن خاف الحيف أي الظلم او العجز ويحرم على غير الاهل الدخول فيه مطلقًا و يكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان القضاء من أهم أمور المسلمين فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على مايصيبه من الناس كان اولى و ينبغي للسلطان ان يتفحص في ذلك و يولي من هو اولى لقوله

عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سال القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه ينزل عليه ملك يسدده واخرج البخاري قال صلى الله عليه وسلم ياعبد الرحمن ابن سمره لاتسال الامارة فانك ان اوتيتها عن مسئلة وكلت اليها وان اوتيتها من غير مسئلة اعنت عليها اه واذا كان الامر كذلك وجب ان لايحل له لانه معلوم وقوع الفساد منه لانه مخذول و ياذن عموماً (اي في الدخول عليه) و يرد هدية لما في البخاري عن ابي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتيه على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لى قال عليه الصلاة والسلام هلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدي له ام لا و يرد اجابة دعوة خاصة وهي التي لايتخذها صاحبها لولا حضور القاضي و يسوى وجوباً بين الخصمين جلوساً واقبالاواشارة ونظرا و يمتنع من مسارة احدهما والاشارة اليه والضحك في وجهه وكذا القيام له بالاولى وضيافته ولا يمزح مطلقاولو لغيرهما لذهابه بمهابته ولا يلقنه حجة ولا يلقن الشاهد شهادته ولا يكلم احد الخصمين بلسان لايعرفه الآخر

وهذه نبذة من آداب القاضي الشرعي ذكرتها ترويحاً لعقول المطلعين ملخصة من شرح الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه

الفصل الخامس

في تعريف القانون بالمعنى الاخص وشروطه

هو قواعد كلية تقررها سلطة معترف لها بالحق في تقريرها وانما شرط الاعتراف لانه لولاه لكان مبني تلك القواعد الظلم والجور

وتعريفهم للقانون بما سلف يشعر بان مخالفه معاقب وان القوة العامة

قائمة بتنفيذه

وكل قانون وضعي يستمد من القانون الطبيعي الباحث عن جعل العاجز عن ادراك امانيه قليل الحظ والقادر على نوالها سعيدا فالواجب جعل كل قانون وضعي موافقا لاصله حتى لا يشتمل على اجحاف بحق او ظلم احد فينشأ عنه تمتع الناس بعيش رغد دائما وعلى ذلك فالقانون الوضعي ان اشتمل على الاحكام العادلة كان حسنا وان اشتمل على احكام الجور والظلم لمنافاته لاصله كان قبيحاً وذلك الحسن وهذا القبح تابعان لارادة سلطة التشريع وهذا بخلاف الحق فليس منه قبيح وحسن وشروط القانون صدوره عن سلطة التشريع وسريانه على مستقبل الحوادث واحترام الحقوق المكتسبة قبله والا عدم الامن على المال والحياة

اقول ما احسن الشريعة الاسلامية واجلها واعظمها واوفقها بمصالح الناس كافة فان المقابل لهذا فيها الاوامر التي يصدرها الخليفة وقد شرط فيها ان تكون موافقة للشريعة المطهرة فان كانت بخلاف ذلك لم ينفذ حكمه ولم تسمع اوامره كما قدمنا فيما نقلناه آنفا وانظر الفرق بين قولنا في هذا المقام (وذلك القبح وهذا الحسن تابعان لارادة سلطة التشريع) وبين قول صاحب الدر المختار نقلا عن الاشباه امر السلطان انما ينفذ اذا وافق الشرع والا فلا الخ فقد جعلنا قانوننا تبع الارادة وجعل علماء الشريعة الاوامر السلطانية تبعا لما شرعه الله سبحانه وتعالى فاي الفريقين خير مقاما واحسن عدلا فتبصروا يا أولي الالباب



﴾ الفصل السادس ﴿

اقسام القوانين

تنقسم الى ثابتة وغير ثابتة فالثابتة هي العادلة التي تبقى ما دامت الظروف الداعية الى سنها لا التي عرفها (بروتز) بانها قوانين عادلة جدا وموافقه لكل زمان ومكان بحيث لا يتسنى لسلطة تغييرها وابطالها فان القانون العادل في زمان ينبغي استبداله بغيره اذا خلت الظروف والحوادث التي دعت الى وضعه وغير الثابتة هي التي لا توافق العدالة ولا تبقى مع تغيير ما دعى اليها من الاحوال والظروف خلافا للتي عرفها « بروتز نفسه » بانها هي التي تضعها سلطة تشريعية وتنسخها حسب الحاجة لانه لا يجوز لسلطة استبدال وابطال القانون الموافق لظروف سنه ما دامت ـ هذا

واقول ان تعريف (بروتز) للثابتة حق فان هناك قواعد كلية تنطبق على كل زمان ومكان كما لا يخفى على من تصفح القوانين الا ترى ان العقل يحكم ان المشتري يملك المبيع متى تمت شروط البيع وان المدين يلزمه دفع الدين للداين وهكذا مما لا ينحصر عدا وانكاره مكابرة وتنقسم ايضاً عند بنتام الى قوانين الموضوع وقوانين الاجراآت ولا تتحقق هذه الاخيرة الا بعد الاولى لانها بمثابة المحافظة عليها فقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية لا يوجد الا بعد وجود القانون المدني وقانون التجارة والى قوانين قاسرة معاقبة كالتي تنص على البيع بالمزاد جبرا او مكافئة كالتي تتعلق بالنفقة الواجبة على الاصول للفروع او على الفروع لاصولهم والى قوانين تؤثر مباشرة واخرى تؤثر بواسطة فالنهي عن القتل لكيلا يقتل المخالف قانون يؤثر مباشرة في منع الناس عن القتل والنهي عن حمل السلاح قانون يؤثر بالواسطة والى عمومية للناس فيها منفعة واحدة وخصوصية لا ينتفع

منها مباشرة الاقسم من الامة او طبقة معينة والي دائمة ووقتيه وهي التي تنعدم من نفسها بزوال ما اوجب وضعها

الفصل السابع

(القانون المكتوب)

قال(بنتام)في وجوب اثبات القوانين بالكتابة ان للمدون منها اصلا ثابتا وواضعاً وارادة و بيان تلك الارادة ومبدأ وجود بخلاف غيره فليس له شيء مما ذكر حيث لا يعرف له مبدأ ولا غاية فكلما تقادم عهده زاد الخفاء وعظم حجمه فهو غير متناه يتعدل بغير شعور احد مقننه قاضيه وان اعظم فائدة للقانون هي التمكن من الحصول عليه وذلك غير متوفر في غير المدون حتى انه لو اراد احد افراد الامة الاستناد به لا يتمكن من ذلك فيجمع آراء المحامين ولا يزيده هذا الا ارتباكا على ارتباكه الاول ولا يفيد قضيته الا مزيد مناقشة فعلى الحاكم ان تمنع رجال القضاء من تطبيق ما ليس مدونا من القوانين لئلا يؤدي تطبيقها الى الرشوة ومع هذا فانا نشاهد المتشرعين يعظمون قدر القانون الغير المكتوب اني وجد و يعجبون به على غرة منهم فيما اظن وسبب هذا ميل النفس الى طرق اكتساب السلطة و بعد السمعة و كثرة المال فهم يحبونه للاسباب التي حملت كهنة المصريين على حب اللغة الهير وجليفية « اللسان المصري القديم »

الفصل الثامن

« في عبارة القانون »

ينبغي تخليص عبارة القانون مما يفسد معناها بان تكون موجزة لتثبت في الذاكرة واضحة لتحدث في الذهن صورة مراد المقنن غير معيبة اما لعدم فهم قضاياها واما لاشتمالها على اكثر من المراد واما لقصورها عن المراد ومما يجب البتة

له افراد الجمل المعترضة على حدتها وحذف الايضاح والتكرار بلا فائدة في التعاريف وغيرها ونقصير المواد وتمييرها لاراحة فكر المطالع و ينبغي تحسينها ثانويا بثلاثة امور قوة التعبير وانسجامه ورفعته والقوة والانسجام تابعان للغة من جهة ولنظم الالفاظ من جهة اخرى والرفعة ترجع الى الاعتناء بتخليص العبارة من المعاني الثانوية التي لا لزوم لها و يجب ان تشتمل على الفاظ متعارفة عند الامة وعلى تعاريف الالفاظ الاصطلاحية وان تدل على حنو المقنن على الرعية كالوالد و بنيه وان تعرب عن الاحتفاء والعناية التي اوجبت سن ذلك وحبذا لو ظهر ذلك في مواقع الشدة

و بالجملة فالمدار على حسن العبارة وتخليص المعني ومن نظر في شروط البلاغة في العلوم العربية عرف كيف يخاطب الامة و يفهمها مراده بقانونه وانه لانسبة بين هذه الشروط وما ذكروه في علوم البلاغة العربية الا كنسبة القطرة للبحر

﴿ الفصل التاسع ﴾

كيف يصير القانون واجب التنفيذ

متى صار القانون الاهلي نهائيًا بتصديق لجان سلطه التشريع ثم نشر واعلن صار واجب التنفيذ

والنشر هو الاجرا آت المتخذة لجعل القانون معلوما لدى الاهالي وهو ضروري لانه لا يمكن الزامهم باتباع قانون يجهلونه وفيه قال بنتام يجب ان يكون نشر القوانين مناسبا لاتساع دائرتها فالقانون العام ينشر للعموم والقوانين الخاصة تنشر لطبقات الامة المتعلقة بها فانه يجب على كل محترف بحرفة ان يكون عنده قانونها ولا يكفي سن قانون بدون ذكر الاسباب الحاملة عليه ولو كانت قريبة

الفهم بل يجب ذكر الاسباب نفسها ليكون اوقع في نفوس الناس ولا يصح الاقتصار على ايجاد سبب قوي للقانون بل لا بد من ذكر سبب وضعه والسبب الذي يناقضه وان سبب الوضع مرجح على سبب المنع وانما لم ير (باكون) ان تنشر اسباب القوانين مع انه ساعد كثيرا على اصلاح قوة التفكر والاستنتاج عند نوع الانسان لانه كان يلاحظ ان في نشر اسباب القوانين مدرجة الى المنازعات وسبيلا الى اضعاف قوتها لانه كان اقدر الناس على ادراك ضعف احسن الاسباب التي كان يتيسر الاتيان بها لتأييد القوانين الموجودة في ذلك الوقت فكان حينئذ يرى من الواجب عدم تعريض القوانين الى بحث لا تحمله واقول هذا تحايل من بنتام ليؤيد مذهبه من نشر اسباب القانون مع ان ما قاله «باكون» هو الاقرب الى الصواب وكلام «باكون» يومئ بطرف خفي الى ان القانون تعامل به الامة في الظاهر فقط بدون وازع نفسي ولا شك ان ذلك داع الى كثرة المحاولات في القضايا لما انهم لا يعتقدون ان هناك وازعا غير الحاكم وان احكام هذا القانون لا يلزم الانسان بها الا في الظاهر فقط هذا وما اوفق الشريعة الاسلامية للعمران واكثرها تاثيرا في النفوس واعظمها وعظا في القلوب الا ترى ان جميع الاوامر التي ترد على الامة لا بد ان تكون موافقة للشرع ولصالح الامة فيكون الافراد جميعهم منقادين اليها بحكم الباطن والخوف من الله عز وجل ومن لم ينجع فيه ذلك ادبه الحاكم وقال بعض الخلفاء «ما يزع السلطان اكثر مما يزع القرآن» وهو حق لان الكرام قليل واصحاب النفوس الكريمة اقل بكثير من الجهلة واصحاب الشرور ثم قال ولو ظن واضعو القوانين انهم ارفع الناس طبقة في المعارف والفنون كما هم اعظم منهم قوة واشد باساً لكثرت القوانين المسببة لان من علم من نفسه القدرة على بيان اسباب عمله لا يحجم عنه لعلمه ان

المدار على المقدرة على ذلك فقط ولعلموا ان المرأ لا يجنح الى التمسك بحبل العصمة من الزلل الا اذا لم يقتدر على الاهتداء بالعقل والحكمة فمن كان قادراً على اقناع الرجال عاملهم معاملة الرجال ومن اقتصر على اصدار الاوامر والزام الناس بالطاعة اليها فهو معترف بعجزه عن الاقناع وليست الاسباب قانوناً يعمل به وانما هي شرح للقانون وليست حائزة للصفة التنفيذية مثله وان صاحبته فلا قوة لها في العمل مطلقاً

ولنشر اسباب القوانين مزايا كثيرة منها انها تكون ألذ في الدرس والمطالعة واقرب للفهم واسهل في التعليق واجلب لميل الناس اليها ومنها أنه يسهل تحسينها اذ السبب الموجود الآن ضامن لمدم تغييرها الا لسبب احسن منه

ومأخذ اسباب القوانين المدنية امور اربعة هي المعيشة والرغد والمساواة والأمن واقول يجوز ان يكون هذا المأخذ اهم اغراض القوانين

وماخذ اسباب الجنائية ضرر الجرائم وطبيعة الادوية التي تناسبها وقانون المرافعات الاغراض التي يراد نوالها وهي اعتدال في الاحكام وسرعة في الاعمال وتوفير في الاموال والقوانين المالية توفير في المصرف لمنع ضرر الاضطرار واختيار الضرائب لمنع المحظورات الثانوية

اما الاعلان فهو الامر الصادر للاهالي من القابض على زمام سلطة التنفيذ بالزامهم باتباع قانون معين والنشر والاعلان متلازمان في الخارج لانه كلما نشرت الحكومة قانونا ارادت ايجاب العمل بمقتضاه اي اعلانه (راجع مادة ١ من لائحة ترتيب المحاكم الاهليه)

الفصل العاشر

(متي يكون القانون واجب التنفيذ)

يكون كذلك في اثناء الثلاثين يوما التالية لنشره بشرط العلم باعلانه و يقبل من الناس في هذه المدة الاعتذار بجهله اما بعدها فيعتبر معلوما بجميع بلاد القطر المصري فلا يقبل العذر بجهله اللهم الا اذا انقطعت اسباب المواصلات بحادث سماوي او عارض قهري كالفوضي لكن نص في مادة « ١ » السالفة على انه يجوز تنقيص تلك المدة بنص صريح وذلك انه قد تمس الحاجة الي الاستعجال في ايجاب العمل به

بقي ان القوانين الجنائية والاحوال الشخصية تنطبق على من اقام ببلاد خلاف وطنه مع انها لا تنشر ولا تعلن بتلك البلاد فمتى تصير واجبة التنفيذ عليهم (الجواب) ذهبوا في ذلك مذاهب كثيرة احسنها ما قررته محكمة النقض والابرام بفرنسا حيث جعلت للقاضي النظر فيما اذا كانت القوانين التي من هذا القبيل صارت معلومة بالفعل بالبلاد الاجنبية اولا (راجع حكمها الصادر في ٢٢ يونيه سنة ١٨٩١)

وانظر ارشدك الله في هذا الفصل وقارن بينه و بين ماقرره علماء الشرع الشريف في كثير من الابواب و يعذر في الجهل من كان قريب عهد بالاسلام او بعيدا عن العلماء ومفاده ان الذين تناسلوا في الاسلام او طالت مدتهم فيه وكانوا بين ظهراني العلماء لا يعذرون بجهل الاحكام غير النادرة ومعلوم في الشريعة ان طلب العلم فريضة على كل مسلم ولا يلزم ان يكون بالانقطاع اليه بل يكفي سؤال العلماء للعامي فان عدم عذر الجاهل بالاحكام فيها ظاهر الصحة موافق للعدل بخلاف ما ذكرنا هنا فان الثلاثين يوما لا تكفي لمعرفة علماء الامة واذكيائها وكبرائها

مافي القانون فضلا عن العامة وضعفاء الناس فاين الدليل القاطع على ان الامة يكفيها الثلاثون يوما لمعرفة مافي القانون واذا لم يأتوا ببرهان قوي كما هو الواقع فيكونون من النوع الثاني من قول بنتام الذي نقلناه آنفاً وهو « فمن كان قادرا على اقناع الرجال عاملهم معاملة الرجال ومن اقتصر على اصدار الاوامر والزام الناس بالطاعة اليها فهو معترف بعجزه عن الاقناع »

الفصل الحادي عشر

« في تفسير القوانين »

ان نشر القوانين واعلانها لافراد الامة من قضاة ومتشرعين وفلاسفة ومحامين ومحرري جرائد يستدعي تعيين معناها لانها لذاتها وان افرغت في قالب الكمال محتاجة للتفسير لما في تطبيقها على الجزئيات من الخفاء

والتفسير على نوعين خاص وعام فالاول ماصدر عن الافراد من محامين ومتشرعين وفلاسفة وارباب جرائد وغيرهم والثاني اذا صدر عن المحاكم سمي قضائياً واذا صدر عن سلطة التشريع سمي بتفسير المقنن وهو نافذ على الناس جميعاً بخلاف الاول فانه لايجب العمل به الا على المترافعين بالنسبة لموضوع خصومتهم ونتكلم على كل منها فنقول

تفسير القضاة هو الذي يجب العمل به بالنسبة للقضية المترافع فيها لالما شاكلها من القضايا التي تحصل في المستقبل لما اسلفنا من انه للمحكمة العدول الى الصواب ولو لم تحكم به قبلا ولنذكر هنا اصلاً مدنياً جنائياً مهماً له تعلق بالتفسير الذي نحن بصدده فنقول

هذا الاصل هو قوة الاحكام النهائية ومعناه انه ليس للحكم سلطان الا على المحكوم عليهم به بالنسبة لما تنازعوا فيه وقد ذكر بمادة ٢٣٢ من القانون

المدني الاهلي ونصها (الاحكام التي صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها ولا يجوز قبول اثبات على مايخالفها اذا لم يكن اختلاف في الحقوق المدعي بها ولا في الموضوع ولا في السبب ولا في الصفة المتصف بها الاخصام) واذن فلا يكون للحكم تلك القوة الا بعد توفر الشروط الآتية وهي

ان تكون القضية بين نفس المترافعين وان يكون النزاع واحدا والحقوق المطالب بها واحدة ايضاً وان يكون للمحكمة التي حكمت حق الاختصاص بالحكم فاذا توفرت لم يجز مطلقاً اعادة النظر في القضية وربما اعترض على هذا الاصل بانه قد يؤيد خطأ القضاة لامكان وقوعه منهم لكن نقول ان حاجة المجتمع ماسة الى تقليل عدد القضايا ولولا هذا الاصل لاستمر المحكوم عليهم يرفعون القضايا للمحاكم ولتسلسل وهذا يضر كثيرا بالمجتمع على ان طرق الطعن في الاحكام كالمعارضة والاستئناف يتمكن القضاة بها غالباً من الرجوع الى الصواب

وتفسير المقنن هو اول مايسلمه العقل من التفاسير لان رب البيت ادرى بما فيه غير انه معيب من جهة ان المقنن معرض لطوارئ الزمان والحدثان بموت او استبدال او غيرهما فربما جاء من بعده فوكل اليه تفسيره فسن قانوناً من تلقاء نفسه في معرض تفسير لذلك وهو في هذه الحالة يكون محل تناقض لانه بوجه كونه مفسرا يسري على ماسبقه من الحوادث و بوجه كونه قانوناً جديدا في الواقع لايسري على ماسبق منها وهذا تناقض

(في تطبيق قواعد القانون الكلية على الجزئيات وتفسيره)

تنقسم المسائل بهذا الصدد الى قسمين الاول ان يكون المطلوب تطبيق القاعدة على حادثة نص عليها والنص واضح او مبهم

والثاني ان يطالب بالحكم في حادثة لم ينص عليها ولنتكلم عليهما بهذا

الترتيب فنقول

نص قانون على حادثة نصاً واضحاً ففي هذه الحالة يطبق عليها ذلك النص كما هو ولو كان مبناه الظلم

وهذا الرأي مقبول باوروبا باسرها لزعم متشرعيها انه لو كان للقاضي الحق في ترك القانون واستبدال حكم برأيه لصار مقنناً ولكان القانون تحكمياً يتغير بتغير الظروف والاحوال وانه لو حكم بالقانون الذي مبناه ماسلف من الاجحاف لأدى ذلك الى تعديله بخلاف التحكم فان ضرره مستمر

وكان يقول متشرعو الرومانيين بهذا الصدد (القانون صعب ظالم لكن القانون هكذا) وحذا حذوهم متشرعو أوروبا فترجموا ذلك حيث قالوا « القاضي عبد للقانون » اقول تسلم تلك القاعدة اذا كانت القوانين ثابتة لاتتغير ولكن حيث كانت قابلة للتغيير فللقاضي الحق في تاجيل القضية الواجب عليه اصدار الحكم فيها ولو الى سنة ورفع تقرير للجنة التشريع يذكر فيها ان الاسباب التي دعته الى تاجيلها منحصرة في عدم مطابقة القانون للعدالة وهي حرة في استصدار أمر عال يقضي بتطبيق النص القديم او بتعديله اذا رأته غير عادل حقيقة وجعله سارياً على ماسبقه من الحوادث اولا فان قيل انها وسيلة لتاخير صدور الاحكام قلت هذا التاخير لايكون كثير الحصول لتحرى المقنن الصواب غالباً في وضعه وهو شرعي في الاحوال التي تدعو اليه على انه لو خول الحق في عمل التقرير لمستشاري الاستئناف لم يخطؤا فيه غالباً فلا تطول مدة التاخير

وان نص عليها على وجه الابهام وجب على المفسر احد امور « الاول » تفسير النصوص المبهمة بالواضحة في نفس الموضوع لما قاله متشرعو الرومانيين من انه لايجوز الحكم قبل الاحاطة باطراف موضوعه فلا بد عند تفسير نص مبهم

من المقارنة بينه وبين الواضح ازالة للابهام كتعريف البيع في القانون الفرنساوي فانه ورد مبهما ولذلك جرى فيه الخلاف بين المتشرعين فمنهم من ذهب الى الاخذ بالمعني اللغوي للفظ التسليم المذكور في التعريف ورأى ان البيع يتم ولو بتسليم ما لا يملك ومنهم من لم يراعتبار اللفظ وضم الى تعريف البيع نصوصاً ثلاثة في القانون الفرنساوي فسر بها معني التسليم وهو نقل ملكية البائع الى المشترى بدليل نص المادة « ١٥٩٩ » على بطلان بيع ملك الغير والمادة « ١٣٨٣ » على انه بمجرد الاتفاق على المبيع والثمن يكتسب المشترى الملكية والمادة « ١٦٠٤ » على ان التسليم هو التخلية بين المبيع والمشترى وهذا التفسير لترو بلون لكن استناده بالمادتين الاخيرتين محل نظر اذ يجوز ان يحصل ذلك الاتفاق وهذه التخلية من غير المالك كغاصب او فضولي بغير اذن المالك او مودع اوئتمن نخان (والثاني) تفسير النص المبهم بالنص الصريح في القانون الذي اخذ ذلك النص المبهم منه ونصوص كتاب العقود في القانون المدني الاهلي مستمدة من القانون الفرنساوي المستمد من القانون الروماني فاذا ضم المبهم منها الى نصوصها الصريحة استفاد المفسر فائدة تامة (والثالث) دراسة التقارير التي انبني عليها وضعه والمناقشات اي الاخذ والرد فيه قبل ايجاب العمل به « والرابع » البحث عن سبب وضعه وفيه قاعدتان « اولاهما » (يجب العمل بالقانون اينما وجد سببه) فمادة « ٦٣ » من قانون العقوبات الاهلي لم تعاف من العقوبة الا المعتوه وسببه ان المجرم هو الانسان العاقل المختار والمعتوه ليس كذلك ولم تنص على معافاة المتحرك نائماً لكن لما كان سبب وضع النص ينطبق عليه من حيث كونه غير عاقل وغير مختار فهو معافى من العقوبة كالمعتوه « وثانيتهما » « لاينبغي تطبيق القانون اذا لم يوجد سببه » فالمتحرك نائماً يجوز

ان يرتكب جريمة يعاقب على عدم التبصر فيها كالجرح والضرب وان يتحقق فيه عدم التبصر والاهمال لانه لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع اذاه مع علمه بانه يتحرك نائماً فيعاقب في هذه الحالة على عدم الاحتياط والتحرز لزوال سبب معافاته فلا ينبغي تطبيق نص المعافاة عليه اقول ومن الاصول المقررة عندنا (ان الحكم يدور مع العلة وجودا وعدماً) فقولهم « الحكم يدور مع العلة وجودا » هو مفاد القاعدة الاولى وهي ان النصوص يعمل بها ما دام سببها موجودا وقولهم (وعدماً) هو مفاد العبارة الثانية اي انه اذا عدم السبب عدم المسبب

وان لم ينص على الحادثة ففيه تفصيل اما في المواد الجنائية فيجب على القاضي تبرئة ساحة المتهم لان الاصل الجنائي في ذلك هو ان لا جريمة ولا عقوبة الا ما اودع منها بقانون نشر واعلن قبل ارتكابها لان الذي خول الحق في وضع الجرائم والعقوبات عليها هو المقنن لا القاضي اذ لو سلم اليه صارت العقوبات بيد القاضي وغير قانونية فكل ما لم ينص عليه ولو كان فيه ضرر بالمجتمع يعتبر مباحاً ولانه لاتجوز معاقبة من لم ينذر بقانون اذ شرط المؤاخذة على شيء سبق التحذير منه فلا يكفي انذار ضميره بل لابد من انذار قانوني لانه ليس كل ما يراه الضمير مستحق العقاب معاقباً عليه قانوناً

وقولهم هنا كل ما لم يحرم القانون ولو أضر بالمجتمع مباح الخ داع الى ارتكاب ضرر كثير بالناس وعدم العقاب عليه ولعمري هذا باب فساد واسع فتحوه للامم المتمدنة التي تتقدم اشرارها في الحيل والمكر كلما تقدمت في التمدن فاذا حجر على القاضي ان يحكم فيما لم ينص عليه القانون اتخذوا ذلك ذريعة الى التحايل على الاضرار بغير ما نص عليه وان انواع الضرر كثيرة ولا يمكن حصرها في قوانين ولو امكن حصرها فرضاً لما اتسع العمر لحفظها هذا ويا للعجب انهم مع

عدم وثوقهم بالقاضي فيما لم ينص عليه القانون فتحوا له باباً واسعاً يمكنه به ارتكاب المظالم ولعلك تقول ما هو الباب الذي فتحوه للقاضي فاقول قد نصوا في مادة (٣٥٢) من قانون العقوبات الاهلي على انه اذا ظهر من احوال القضية الواقعة فيها المحاكمة ما يوجب حصول رأفة القضاة بالمحكوم عليه فالعقوبة يصير تعديلها على الوجه الآتي اذا كان الفعل يستوجب العقوبة بالقتل يحكم بعقوبة الاشغال الشاقة مؤبدا و يجوز الحكم بالاشغال الشاقة مؤقتاً الخ وقد جعل هذا عاماً في جميع الجرائم من جنايات وجنح ومخالفات فعلى هذا قد فوض الراي للقاضي فيما نصوا عليه وانه يفعل ما يراه وعولوا على رأيه ووثقوا بذمته فكانهم بهذا جوزوا له مخالفة كثير من عقوبات الحدود والجنايات وانهم بهذا قد جعلوا دماء الناس وغيرها في قبضة القاضي مع ان ذلك يغري المفسدين باعمال الشر والفتك بالارواح ومن اطلع على الشريعة الاسلامية في المقامين عرف الحق الصحيح والقسطاس المستقيم فان علماءها ذكروا ان العقوبات على قسمين حدود وتعازير وفرقوا بين الحدود والتعزير بان الحد مقدر والتعزير مفوض الى رأي الحاكم وان الحد يدرأ بالشبهات (اي انه يدفع و يترك بالشبهات) والتعزير يجب معها وقد عرفوا الحد بانه عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى لانها شرعت مصلحة تعود الى كافة الناس من صيانة الانساب والاموال والعقول والاعراض وحكمتها انزجار الناس عما يتضرر به العباد من انواع الفساد ولا تجوز الشفاعة فيه بعد الوصول للحاكم ولا يجوز له تركه بوجه ما وذلك كحد القتل مثلا وعرفوا التعزير بانه تاديب دون الحد و يعزر كل انسان بما يليق بمقامه كان يقول للعالم بلغني انك فعلت كذا فينزجر و يعزر اوساط الناس بالجر والحبس الى غير ذلك وقد جعلوا التعزير في كل معصية او ضرر بالناس وهذه عبارة صاحب الدر المختار مع متن التنوير قال

(وعزر كل مرتكب منكر او مؤذي مسلم بغير حق بقول او فعل ولو بغمز العين او اشارة اليد لانه غيبة فمرتكبه مرتكب محرم وكل مرتكب معصية لا حد فيها فيها التعزير فانظر هذا الانقان في القضاء واحكامه حيث لم يجز للقاضي العفو عن العقوبات المقررة بوجه من الوجوه ووجب عليه ان يعزر بما يراه في كل ضرر بالناس لمنع التمدي وازالة شر الاشرار فهذه هي الحكمة البالغة ولعلك تقول ان فيه تخويل الحق للقاضي ان يفعل على حسب اغراضه فيما ليس فيه حد اقول انظر ادب القاضي في النبذة اليسيرة التي ذكرناها لتدلك على باقي الآداب ومجمل الكلام ان الشريعة الاسلامية الغراء حسمت باب الشر بجميع وجوهه بالتعازير وحتمت عدم العفو في الحدود صيانة لحقوق الناس فقارن بين الشريعتين والقاضيين فانك تجد آداب القاضي في الشرع اعظم واكثر من آدابه في القانون وحتم فى الشرع عدم العفو فيما قدر وفوض له فيما لم يقدر اما القانون فجوز العدول عما نص عليه كما تقدم ومنع مما لم ينص عليه مما لا ينحصر وفيه اضرار كثيرة بالناس على حد قول الشاعر

حذر امورا لاتضير وامن　　　ماليس منجيه من الاقدار

واما في المواد المدنية فعليه الحكم في الخصومة ولو لم يذكر لحلها نص في القانون والا عد ممتنعاً عن الحكم وعوقب حسب مادة (١١٣) من قانون العقوبات الاهلي بالعزل او بغرامة من الف قرش الى الفين لانه لو لم يحكم بين الخصمين لادى ذلك الى استعمال القوة في المجتمع وهذا ينشأ عنه ضرر زائد فلتلافيه الزم بحسم النزاع وعوقب على الامتناع ثم انه يحكم - اما بالتطبيق لقواعد العدالة والانصاف كما هو نص مادة (٢٩) من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية - واما بطريق المشابهة والقياس فقد ذكر مثلاً بالقانون الاهلي انه

يجب على البائع ضمان المبيع للمشتري ولم يذكر ذلك في مادة الانتفاع لكن بطريق المشابهة والقياس يقال ان الضمان واجب على المتنازل عن الانتفاع الى المنتفع لان المراد في الحالتين ضمان حق عيني فلماذا يكون في احدهما دون الآخر مع وجود العلة في كل منهما ـ واما بالاخذ بالمفهوم بان يطبق على الحادثة المنصوص عليها في القانون اخرى لم ينص عليها غير انها نقيضها فيكون الحكم فيها نقيض الحكم في المنصوص عليها كالنص الذي في المعاوضة فانه يقضي بانه لو اثبت احد المتعاقدين ان البدل الذي في يده ليس بملك صاحبه لايلزم بتسليمه مايقابله فانه يفهم منه انه لو لم يثبت ذلك لالزم بتسليم المقابل

الفصل الثاني عشر

(في مبدأ عدم سريان القوانين على ماسبقها من الحوادث)

تختلف صفة هذا المبدأ باختلاف البلاد فمنها مايعد فيها نظامياً لذكر قانونها النظامي له ومنها مايوصف فيها بانه غير نظامي لان قانونها النظامي ضرب صفحاً عن ذكره فاذا كان الاول في بلد تقيد مقننها به فلم يجز له جعل القانون فيها سارياً على الحوادث السابقة عليه واذا كان الثاني في اخرى جاز له ان يجعله سارياً على ما سبق من الحوادث ولنتكلم عليه الآن فيما يختص بالقانون المصري فنقول

لم يذكر القانون النظامي المصري هذا المبدأ وانما دونه المقنن المصري في مادة «٣» من دكريتو ٩ شعبان سنة ١٣٠٠ ونصها «لاتسري احكام القوانين والاوامر الا على الحوادث التي تقع من تاريخ العمل بمقتضاها ولا يكون لها تأثير على الوقائع السابقة عليها) «مالم يكن منبهاً عن ذلك بنص صريح فيها»

وايدوا ذلك بان كل قانون ينحصر في الامر او النهي او الاباحة وكل

من هذه الثلاثة لا ينطبق الا على مستقبل الحوادث وانه لو اطلق للمقنن السراح في التقنين لجاز له مثلاً الغاء حق مكتسب او العقاب على ما ارتكب في عهد قانون سابق على قانونه لما حصل الامن على المال والحياة

ومفاد الاستثناء وهو قولنا (مالم يكن منبهاً عن ذلك بنص صريح فيها) ان للمقنن جعل بعض نصوص القانون سارية على ماسبق من الحوادث فاذا اراد تحريم المشروبات الروحية بمصر لضررها بالمصريين بقانون سري نصه بهذا الصدد على سابق الحوادث واغلقت حوانيت بائعيها بعد تصديق الدول وذلك لأنه لا يجوز ان يضاد حق مكتسب النظام العام واعتاد الشراح على ان يذكروا من قبيل هذا الاستثناء ثلاثة اخرى سنبينها هي واسبابها فنقول

اولها لما كان القانون المفسر لآخر ليس بقانون جديد بل هو القديم مفسرا جاز سريانه على سابق الحوادث قالوا وليس هذا باستثناء حقيقي اقول كان الأولى بهم العدول عن ذكره ضمن الاستثناآت لاعترافهم أنفسهم بانه ليس باستثناء حقيقي وتضمينه تنبيها فان في عبارتهم تناقضا ظاهرا لقولهم من جهة انه احد الاستثناآت ومن اخرى انه ليس استثناء في الواقع ونفس الأمر

وثانيها سريان قانون العقوبات على سابق الحوادث ان لم تكن فيها اصلاً حكم او حكم فيها لكن لم يبت فيها حكم في صورة ما اذا أباح المعاقب عليه قبل صدوره او جاء بعقوبة اخف من التي ذكرت بالقديم وسبب سريانه هذا أحد امور ثلاثة الاول الانسانية لانها تقتضي التخفيف والثاني العدل لانه داع الى التسوية في صورة ما اذا اريد الحكم على اثنين ارتكب احدهما حادثة في عهد القانون القديم والآخر ارتكبها نفسها في عهد الجديد ولو كان القديم اقسى عقوبة والثالث حيث كان للمقنن جنائيا الرأي في تحديد العقوبات ورأي التخفيف فلا

جرم ينفذ ما رآه.

وثالثها سريان قوانين الاجراآت الجديده على ماضي الحوادث لاسباب منها ان سريانها لا يضر بحق مكتسب قط ومنها ان ما رآه الواضع اخيراً فيها هو ما ينبغي اتباعه بالاولى لانه اقوم طريق يوصل لاكتساب الحقوق غير ان الاجراآت القديمة لا تزال تنطبق على القضايا المرفوعة امام المحاكم القديمة ما بقيت فاذا قفلت تحتم ان تكون المرافعة فيها امام المحاكم الجديدة حسب الاجراآت الجديدة

تطبيقات هذا المبدأ

هو مبدأ سهل التطبيق في صورة ما اذا ابتدات الحادثة وتمت في عهد قانون سابق قديم فان لزوم سريانه عليها لا يختلف فيه اثنان لكونه امراً بديهيا لكن قد يصعب تطبيقه اذا ابتدات الحادثة في عهد قانون وتمت في عهد آخر لاحق جديد وذللوا هذه الصعوبة بان فصلوا بين الحق المكتسب والأمل في الاكتساب فقالوا اذا كان الاول لم ينطبق القانون الجديد عليه لما سلف واذا كان الثاني وجاء القانون مضيعا له انطبق عليه لان من شأن الآمال الزوال فزوالها بقانون لاحق بالاولى ولانه لو الزم المقنن باحترامها دعى ذلك الى ايثار المنفعة الخاصة على العامة والعكس هو المتعين لما فيه من اطلاق حرية المقنن فان قلت ما الحق المكتسب وما الامل اقول اما الاول فهو الذي يترتب عليه الملك بالفعل كالتملك بمضي المدة عند تمام حصول شروطه والثاني هو انتظار حق لم يوجد للان بناء على نص في القانون كوضع اليد للتملك بمضى المدة قبل حصول التملك

ولاجل تسهيل معرفة تطبيق هذا المبدا نذكر التطبيقات الثلاثة الآتية

(الاول) اذا تمت شروط التملك بمضي المدة الطويلة في عهد قانون صار هذا التملك حقاً مكتسبا ولم يسر عليه القانون الجديد ولو جعل المدة في التملك اطول بان جعلها سبع عشرة سنة بعد ان كانت خمس عشرة سنة اما اذا جعلها اثني عشرة بعد ان كانت خمس عشرة سنة ففيه تفصيل اما القانون المدني فلا يسرى حيث كان للمالك في عهد القديم ترك ملكه مدة خمس عشرة سنة فلو اخذ منه قبل انقضائها حرمناه من حق مكتسب له وهو غير جائز وقيل بسريان الجديد لانه لا يجوز ان يكون حق مكتسب في الاهمال والراي الاول ارجح واما القانون الجنائي فيسري لعدم وجود حقوق مكتسبة فيه لاحد ولاعتبار راي مقننه حسنا لان عدوله عن طريقة القديم مع علمه بها لا يخلو عن حكمه

(والثاني) صدر ديكريتو في ٢٦ فبراير سنة ١٨٩٠ قاضيا بعدم جواز الحجر على مرتبات الموظفين ومعاش ارباب المعاشات فالذين حجزوا قبل هذا التاريخ صار لهم حق مكتسب قبل صدوره فلم ينطبق عليهم بخلاف الذين لم يحجزوا فقد كان لهم امل في اجراء الحجز فسرى عليهم الديكريتو ومنعهم هذا الامل

والثالث صدر اخر في (٧) ديسمبر سنة ١٨٩٢ قضى بتنقيص سعر الارباح بجعله خمسة في المائة في المواد المدنية بعد ان كانت سبعة وسبعة في المائة في التجارية بعد ان كانت تسعة فلم يسر على من اقترضوا قبل صدوره ولو لم ينص فيه على عدم السريان لان الربح انما هو اجرة المال المقترض فحيث تعينت من المتعاقدين صار لهما حق مكتسب فيها ولمناسبة هذا الموضوع نذكر في اسباب تحريمه ما وقر في النفس واطمانت له من حيث باب الربا بعد ما قدمناه ونقدم

قبل الدخول فى هذا الموضوع مقدمة تسهله لنا فنقول ان الحكم على اي شيء لا يمكن الا بعد معرفة مضاره ومنافعه فان غلبت المضار حكم بالمنع وان غلبت المنافع حكم بالجواز اما الحكم لرؤية بعض المنافع بالجواز او لمشاهدة بعض المضار بالمنع فهو حكم باطل وقول هذر وحيث ان الربا موضوع كلامنا نذكر ما امكننا الوقوف عليه بعد طول البحث بمحض الفكر والتدقيق فنقول

لا يخفي ان الانسان اذا فتح له باب الاستدانة بالربح وكان ذلك للوازم المعيشة مثلا انفتح له الطريق واتسع له المجال ودعاه ذلك الى الاستقراض كلما احتاج الى شيء من الأمور المعاشية والنفس تطمح الى شهواتها فكلما اعطاها امنيتها رغبت في اللذات وترقت الى ما هو اعلى كما قيل

والنفس راغبة اذا رغبتها   واذا ترد الى قليل تقنع

فكلما اعطاها زادت شراهتها وسهلت الاستدانة عليها لاعتيادها وتمرنها وسهولة دفع الارباح عندها فيصبح وقد ذهبت ثروته ونضب ماؤها ولا مانع من قبل الدائن بل ذلك احب اليه واشهى عنده لما ياخذه من الارباح وان كنت في شك من ذلك فاسأل الفلاحين المصريين تر المستدينين بالربا عامتهم في فقر مدقع وحالة يرثى اليها بل اسأل الطبقة العليا من الامة وتامل في احوالهم واستقص اخبارهم فانك تجدهم اسوء حالاً وانقص عيشاً فثروتهم ناضبة واملاكهم ذاهبة ذهبت والله فريسة الشهوات واللذات التي لا مرد لها ولا رادع ولا موقف لها عند حدها والدائن آمن على امواله عندهم فرح مستبشر لتيقنه المكاسب من الارباح فياقوم انظروا الى كثير من اكابر امتنا وقد اصبحوا لا ترى الا مساكنهم خالية من الدرهم والدينار وبالبحث يعلم في الغالب انه من الربا ومعقول ان صرف الانسان من دراهم القرض سهل عليه لعدم النصب في كسبه فهو

اشبه في السهولة بمن ورث مالاً عن ابيه اما الذين خافوا عواقبه فبقيت ثروتهم واصبحوا آمنين على اموالهم اما لو علم ان الربا محرماً فلا يستقرض الانسان الا بقدر حاجته لعلمه انه لا يمكنه ان يكثر من ذلك لعدم المساعد واذا كان ما ذكرنا حال الطبقة العليا والسفلى فلمن شرع الربا

ولما رأت الحكومة المصرية ما دهي رعيتها من المصائب والرزايا والمحن والبلايا من فتح بابه وضعت له قانوناً معدلا لسعره كما رايت ومع ذلك لم يؤثر هذا الدواء ادنى تأثير بل اخذ الناس في ضروب الحيل وانواع المكر حتى صار اضعافاً مضاعفة وكان ذلك بمثابة نهر طغى ماؤه وفاض وتقطعت جسوره فكلما سد موضع انفتح من مواضع فلا راد له

وقد عرفت الدولة الروسية مضاره فطردت اليهود من بلادها علما منها بالخراب الذي عم الاهالي من تعاطيهم الربا وانهم متى خرجوا من البلاد اقتصد اهلوها في امورهم المعاشية ووقفوا عند حدهم في المصرف المنزلي بخلاف وجود الدائنين بهذه الطريقة فانهم سبيل لزيادة قرم الامة وشهوتها واني لاعلم ان كثيرا من الناس عند سماع هذا الموضوع يقول انك شذذت عما اجمع عليه العقلاء من اهالي اوربا وغيرها وخرقت الاجماع فان الشركات عليها مدار حياة الامم وثروتها وتقدمها انظر السكك الحديدية وشركات توزيع المياه والترمواي وغيرها وما انت في هذا الا كمنكر الشمس في رابعة النهار اقول على رسلك ياهذا تمهل قليلا وقف رويدا فان هذا خروج عن الموضوع وعدول عن الصواب فان هذه شركات ولسنا بصدد جوازها وعدمه لان ذلك متوقف على مقارنة شروط الشركة في الشريعة الاسلامية بهذه الشركات فان تمت جازت والا فلا فاين منافع الربا رعاكم الله انظروا الى الامة المصرية من يوم استعملت الربا كيف

حالها فان قلت ان بعض الناس يعطي البنك قرضاً بارباح وهذا ربا محض ومع ذلك قد نجم عنه فوائد جمه تمتع اهلوها برغد العيش وصفوه اقول هـذا نظر من وجه دون وجه وغفلة عن الاقتصاد السياسي فان اعمال نحو البنك في الزراعة والتجارة والصناعة لا تنتج ما ينتجه عمل الانسان في ماله لما ان الاول لا ينظر الا في العموم والثاني ينظر في الجزئيات فاذا اعطى امواله للبنك بربح استعملها الاخير في معاملته ومعلوم ان ثمراته على ما قدمنا تكون اقل مما لو اشتغل الفرد في ماله بنفسه و يضاف الى هذا ان ياخذ البنك من الربح قدرا في مقابلة اتعابه فهذه ظلمات بعضها فوق بعض اذا امعن المتأمل نظره فيها وطالع الاقتصاد السياسي علم خروج وضع الاموال في البنك بهذه الارباح عن سنن الثروة والاقتصاد واضرب لك مثلا رجلين كل منهما يملك ٤٠ جنيهاً مصرياً واشترى احدهما بها فداناً واجره بخمس جنيهات مثلا فبقى بعد الضريبة المقررة نحو ٣٥٠ قرشاً ووضع الآخر ماله في البنك بسعر ٣ في المائه في السنه فتحصل له ١٢٠ قرشاً فقارن بين الناتجين هذا لمن لم يمكنه ان يعمل في ماله ادنى عمل من صناعة او تجارة او زراعة اما اذا كان من المتفننين في ذلك سواء كان بنفسه او بوكيله فحدث عما ينتجه من الفوائد والثمرات فيصبح وقد حمد سراه وفي عيش رغد ونعمة واسعة وصار الربا في هـذه الصورة ضررا على الافراد والهيئة الاجتماعية لضعف المكاسب الناجمة عن ذلك من الزراعة والتجارة والصناعة كما قدمنا من ان الاقتصاد السياسي يفيد ان عمل الدوائر الكبيرة لا ينتج في المكسب ما ينتجه الافراد في اموالهم و بالجملة فوضع الاموال في البنك يضر بالافراد و يقعد بهم عن الكسب في مالهم ولعل قائلا يقول ان الثلاثة في الماية محققة واما المكاسب فليست محققة اقول هذا هو العجز الظاهر والخور الناشيء من الكسل وحب

التقاعد فان صاحب البنك الذي ياخذ تلك الاموال و يصرفها في وجوه المكاسب لولا انه ياخذ اكثر مما يعطيه للافراد لما قبل منهم وكذلك الانسان يترك كثيرا من اللذات الجسمانية والراحة الحاضرة مع كونها محققة لامله حصول ماهو اعلى واجل منها في المستقبل بل جميع المكاسب والثروة مبنية على ذلك فان التاجر يشتري بماله المحقق حصوله في يده بضائع من بلاد اخرى وحصول الكسب فيها غير محقق هذا

وكثيرا ما سمعنا وشاهدنا بنوكات افلست وخرب بخرابها كثير من افراد الامم ولعمرك ان الانسان خلق من اعضاء مختلفة التركيب لطفا منه سبحانه وتعالى بعباده حتى لا يتعطل الجسم كله بمرض عضو منه اذ لو كان مركبًا واحدا لسري الداء فيه كله بضرر جزء منها فالبنك اذا حصلت منه زلة وافلس ضاعت به عيال وجاعت بسببه اطفال بخلاف ما اذا زل الفرد في ماله فانه لا يؤثر على غيره ورب قائل يقول هذا مكابرة لما هو مشاهد في جميع البلاد المتمدنة فانهم اعتادوا على هذا اقول ان العادة كثيرًا ما تجعل القبيح حسنا كما تجعل الحسن قبيحًا فأنشدك الله الا نظرت في قولنا هذا نظر المنصف الحكيم الفطن اللبيب ان المرء متى اعتاد ان لا يعمل في ماله حمله ذلك على الاتكال على الغير وتسليم القياد اليه و بالجملة فمضار الربا عمت البلاد والعباد اذهب الله عنا غوائله انه على كل شيء قدير

الفصل الثالث عشر

في تطبيق القوانين على الاشخاص والاماكن

ذهب الأنجلوأمريكانيون الى انه لا يعمل بالقانون الا في البلدة التي سن فيها وتوابعها بالنسبة لمن وجد بها من وطنيين او اجانب وايدوا ما ذهبوا اليه بان

القانون تابع لارادة سلطة المجتمع وانها لا تتجاوز حدود المملكة الا انهم قرروا له استثناآت كثيرة وكذلك لم تقبله علماء اوروبا ولا الشرق بأسره خصوصا المصريين والتزموا بأن يتكلموا على هذا التطبيق بالنسبة لكل نوع من القوانين على حدته فجعلوها اربعة انواع قوانين النظام والامن وقوانين الاحوال الشخصية وقوانين المعاملات وقوانين العقود ولنتكلم عليها على هذا الترتيب فنقول

(١) (قوانين النظام والامن) وهي التي يقصد منها استتباب النظام العام في البلد اي قوانين العقوبات وبعض اللوائح الادارية كلائحة التنظيم وجعلها المغرب محلية بمعنى انها لا تسرى خارج البلد التي شرعت فيها وتنطبق فيها على الاهالي والاجانب لان وظيفة الحكومة انما هي ايجاد النظام والامن وهو متوقف على ان يكون لها سلطة على جميع القاطنين بالبلد اما الشرق فيعامل في هذا الصدد بمقتضي نصوص المعاهدات الدولية المبرمة بين دول اوروبا والدولة العلية التي منحت الاجانب الامتيازات الآتيه وهي ــ معافاتهم من قوانين العقوبات المحلية ومن المحاكم الاهلية الجنائية ومن الضرائب المحليه الا ما صدقت عليه منهادولهم ومحاكمتهم امام قنصلياتهم ووفق قوانينهم ــ وعدم دخول رجال البوليس المحلى منازلهم الا بحضور القنصل او نائبه اقول من اطلع على نصوص تلك المعاهدات فهم منها خلاف ما يزعمونه في هذا المحل من انها منحت المعافاة من تطبيق قوانين العقوبات المحلية ومن المحاكمة امام محاكم الدولة العلية اذ جاء فيها وجوب اتباع العرف وهو يقضي بعدم المعافاة من ذلك ونص المطلوب منها لموضوعنا هو

(الماده) « ١٥ » من المعاهدة المبرمة سنة ١٧٣٠ بين الدولة العلية والحكومة الفرنساوية ــ اذا حصل قتل او اية جناية اخري بين الفرنساوين فسفراؤهم وقناصلهم يفصلون فيها على حسب احكامهم وعاداتهم بدون ان يكون لاحد

ضباطنا الحق في التداخل في اجراء شيء من ذلك

وقد تكرر هذا النص بعينه فى المعاهدات المبرمة بينهما سنة ١٥٣٥ بالمادة الخامسة و ١٥٦٩ بالمادة الثانية عشرة و ١٥٨١ بالمادة السابعة عشرة و ١٦٠٤ بالمادة الثامنة عشرة

المادة « ٦٥ » من المعاهدة المبرمة سنة ١٧٤٠ بين لويس الرابع عشر ملك فرنسا والمغفور له جنتمكان السلطان محمود خان الاول ــ اذا ارتكب احد رعايا الفرنساو بين او احد الداخلين في حمايتهم جناية القتل او جريمة اخرى استدعت محاكمته فليس لقضاة سلطنتنا العلية اخذ شهادته الا بحضور سفير دولته او احد قناصلها او من ينوب عنهم وذلك مراعاة لخطة العدالة وتنفيذا لشروط المعاهدات الدولية

و يؤخذ من المادة ٤ من المعاهدة المبرمة في ٧ مايو سنة ١٨١٠ بين الدولة العلية والولايات المتحدة ان رعاياها لا يجوز لرجال الدولة العلية سجنهم ولكن يفصل قناصلهم في جرائمهم مع ملاحظة الاصول العرفية المقررة بالنسبة للاجانب و يتلخص من معاهدة ٣ اغسطس سنة ١٨٣٣ المبرمة بين الدولة العلية و بين حكومة البلجيكا انه لا يجوز لرجال تلك الدولة سجن رعايا حكومة البلجيك ولكن اذا حصلت جناية او جنحة منهم فقنصل بلجيكا او النائب عنه هو الذي يفصل فيها و يعاقبهم على حسب القواعد العرفية المقررة بالنسبة للاجانب

المادة « ٦٣ » من معاهدة سنة ١٧٨٣ حصل الاتفاق مع الحكومة العثمانية بشأن التجار الروسيين انه اذا حصلت مشاجرة او خصومة مع احد التجار الروسيين ورفع امره للقاضي فهذا لا يحق له اجراء التحقيق الا بحضور الترجمان الروسي وفي حالة اشتغاله في امر آخر فتؤخر الجلسة حتى يحضر والرعايا الروسيون ملزمون

بان يصحبوامعهم الى المحكمة ترجمان قنصلهم بدون اقل تأخير ولا يكثروا من الاحتجاج بامر غيابه اما اذا كانت المشاجرة حاصلة بين رعايا روسيين فسفراؤهم او قناصلهم لدي الباب العالي ينظرون في دعواهم و يصدرون احكاما منطبقة على العادات الروسية بدون اقل معارضة او مخالفة

و يستثنى من ذلك ما ذكر بالماده ٨ من المعاهدة المبرمة بين الدوله العليه وحكومة اسوج في ١٠ يناير سنة ١٧٣٧ من تخويل الحكم للقنصل بصفة خصوصية على من خالف القوانين من رعايا حكومته بتوجيهه سبا لشخص ما وما جاء بالمادة ١٠ من المعاهدات الانجليزية المبرمة مع الدولة العلية سنة ١٥٧٥ من ان للقنصل الحكم ايضاً في الشكايا التي تصدر من احد رعايا الدولة العلية في حق انكليزي

غير ان العرف في الدولة العلية يقضي للآن بمحاكمة الاجانب امام محاكمها بخلاف العرف بالديار المصرية فان الاجنبي فيها مهما كانت الجناية او الجنحة التي ارتكبها فلا يضبط وقائع جريمته ولا يحاكمه الا القنصل وقد تايد ذلك العرف بمادتي ٥٢ و ٥٥ من لائحة البوليس السعيدية فلم تتمكن بعد الحكومة من ايجاد الامن لكثرة وقوع الجرائم من الاجانب ولتساهل القنصليات في محاكمتهم فطالب نوبار باشا بانشاء المحاكم المختلطه واراد ان يمنحها الاختصاص في الجنايات والجنح والمخالفات التي يرتكبها الاجانب بحيث ينزع الاختصاص بالحكم فيها من القنصليات و يسلم زمامه للمحاكم المختلطة فلم تقبل الدول من مشروعه هذا الا اختصاصها بالنسبة لمخالفات الاجانب مطلقاً والجنح والجنايات التي يرتكبونها على موظفي المحاكم المختلطة اثناء تاديتهم وظائفهم حتى لا يفضي الامر الى نزاع في الاختصاص بينها وبين القنصليات في تلك المسائل لان

مثل حصول هذا النزاع قبيح لما فيه من الحاق العجز بقضاء المحاكم المختلطة راجع فيما تقدم مواد ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة وقد تممت المادة العاشرة السالفة بديكريتو ٣١ يناير سنة ١٨٨٩ الذي جعل جملة قوانين نظام وامن تنطبق على الاجانب كما تنطبق على الاهالي)

وتوجد استثناآت كثيرة لهذه الامتيازات ـ منها ان الامر السلطاني الصادر في ١٠ يونيه سنة ١٨٦٧ قضى على من يملك من الاجانب عقارات في الدولة العثمانية بان يخضع للقوانين واللوائح العثمانية المتعلقة بها وقبل هذا الامر لم يكن للاجانب الحق في امتلاك عقارات في تلك الدوله فمنحهم الحق في امتلاك البيوت والاطيان في سائر ممالكها ماعدا بلاد الحجاز وفي مصر منح امراؤها الفخام هذا الحق للاجانب قبل صدور الامر السلطاني بذلك وبين القانون العثماني والقانون المصري في هذا الصدد فرق فان المسائل العقارية في مصر تحكم فيها المحاكم المختلطه وهي دولية بخلاف الدولة العلية فان محاكمها الاهلية هي التي تحكم في ذلك ـ ومنها انه صار للحكومة المصرية من ٢٠ ابريل سنة ١٨٦٠ باقرار جميع الدول الحق في طرد متشردي الاجانب الذين ليس لهم حرفة او صناعة والذين يضر سيرهم بالاداب والامن وصار لرجال البوليس المصريين الحق في الدخول في اي وقت شاؤا بدون حضور رجال القنصليات في القهاوي والخمامير وغيرها من المحلات العمومية

(٢) (قوانين الاحوال الشخصية) وهي التي يبحث فيها عن حالة الشخص فيما يتعلق بعائلته وجنسيته واهليته اي الحق المعترف له به قانوناً في عمل عقد قانوني وزاد في موضوعها الرومانيون فجعلوها باحثة ايضاً عن الحرية والرق والعتق وانما جعلها الغرب والشرق شخصية تتبع ذويها كما يتبع المرء ظله لان

المراعي في سنها انما هو عوائد واخلاق ودين امة مخصوصة

والمختص بالحكم في الاحوال الشخصية هو في مصر القاضي الشرعي والقنصل والبطريق

ونتيجة تطبيق مبدأ شخصيتها ان يكون بكل بلدة احوال شخصية بقدر الجنسيات الموجودة بها لكن قد ينشأ عن تطبيقها على الاجانب المتعاقدين مع الاهالي ضرر كما لو اشترى مصري من يوناني الف قنطار قطناً في وقت كان سعر القنطار فيه مائتي قرش فصار قبل تسليمه اليه ثلاثمائة ففسخ البيع اليوناني مستنداً على عدم اهليته حسب احواله الشخصية التي يجهلها المصري بالكلية ولا يلزم بتعرفها لتعذر ذلك عليه

وقد ذهبوا في ازالة هذا الضرر الى ثلاثة وجوه (الاول) في مذهب الاحكام الفرنساويه انه لا يقبل من الاجانب الاستناد باحوالهم الشخصية اذا سعوا في غش الاهالي لان الذي اضر بتدليس منه يلزم بتعويض الضرر بان يجعل العقد صحيحا وهذا السبب نفسه موجود بالقانون المصري فيجوز حينئذ تطبيق مذهب تلك الاحكام على مصر (والثاني) قضى مشروع القانون المدني البلجيقي بالزام كل اجنبي بالاخبار صريحاً بحالته واهليته فاذا لم يخبر بهما تدليساً منه لا يجوز له الاستناد باحواله الشخصية (والثالث) يختار في سويسره من القانونين المحلي وقانون جنسية الاجنبي القانون الذي يجعل التعهد صحيحاً وبذلك لا يتألم اهاليها من قوانين الاحوال الشخصية للاجانب حينما تقضى بلغو العقد الا اذا كانت وفق احوالهم الشخصية

(٣) «قوانين المعاملات» وهي الباحثة عن طبيعة الاموال (منقولة او عقارية) والحقوق الجائز ان تتقرر عليها والطرق في اكتساب الحقوق — وهي محلية في الغرب والشرق بمعنى انها تسرى على جميع الاموال الموجودة بالبلد

مهما كانت جنسية ملاكها كالقانون المختلط وهو مصري ينطبق على المنازعات فيها بين المصريين والاجانب وسبب محليتها في العقارات ظاهر لانها جزء من الاراضي التي تحت سلطة الحكومة فاذا سرى عليها قانون آخر لم يكن لها سلطان عليها واما المنقولات المادية ففيها خلاف فذهب مقننو التليانيين الى جعل قوانينها شخصية اذا وافقت قانون البلاد التي فيها ذلك المنقول والا عمل بقانون تلك البلاد (تراجع الماده ۸ من القانون التلياني) وذهب كتاب الفرنج المتاخرون والقانون المصري الى انها محلية في المنقول المتعين مكانه كاثاث المنزل والسند لحامله اذ يمتزج الدين به و يصيران شيأ واحدا اما الديون الاخرى التي هي منقولات معنوية فقد جرى فيها الخلاف فمنهم من ذهب فيها الى رفع الدعوي امام محكمة محل المدين لان الدين لا بد من استيفائه والغالب حصوله في محل المدين فوجبت مطالبته امام محكمة محله وهو الارجح لقوة سنده ومنهم من ذهب الى رفع الدعوى فيها امام محكمة محل الدائن لان الدين حق له متعلق به كل التعلق فمكانه مكانه وذلك بخلاف الحكم في مذهب الامام الاعظم فانه لم يكن كما قالوه وملخصه ان المدعى عليه لا يخلو اما ان يكون حاضرا بولاية المدعي اولا فان كان الاول اقيمت الدعوى عليه امام قاضي تلك الولاية وحكم عليه وكتب بحكمه الى قاضي ولايته لينفذ عليه المحكوم به ان كان بين اقامة المتداعيين ثلاثة ايام على الاقل والا نفذ عليه وان كان الثاني فلا يخلو اما ان لا يكون بينه و بينه مسافة ثلاثة ايام او يكون بينهما هذه المسافة على الاقل فان كان الاول فلا بد من حضور المدعى عليه امام قاضي المدعى وان كان الثاني احضر المدعي شاهدين على دعواه امام قاضي ولايته و كتب ذلك القاضي الدعوى وشهادتهما وارسل مكتوبه بعد ختمه وكتابة اسمه واسم القاضي المكتوب اليه بباطنه مع شخصين من طرفه

« يسميان شهود الطريق » بعد قراءته عليهما او اطلاعهما عليه الى قاضي ولاية المدعي عليه ليحكم بما يراه وان خالف رأى القاضي المرسل بعد قراءته بحضور المدعي عليه وشاهدي الطريق « ووظيفتهما ان يشهدا ان الكتاب المشتمل على كيت وكيت كتاب القاضي فلان وما به ختمه » الا اذا أقر المدعى عليه بالحق فلا يحتاج لحضورهما لان الحكم حينئذ باقراره و يشترط ان يكونا مسلمين ولو كان الحق لذمى على ذمي لشهادتهم على فعل المسلم وهو القاضي الكاتب

بقى الكلام في التركات ذكر بالمادة ٥٤ من القانون المدني الأهلى الموافقة للمادة ٧٧ من القانون المدني المختلط والمادة ١٨ من القانون المدني التلياني ان الذى يسري عليها هو قانون ملة المتوفي ونصها (يكون الحكم في المواريث على حسب المقرر في الاحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفي اما حق الارث في منفعة الاموال الموقوفة فتتبع فيه احكام الشريعة المحلية) ووجه هذا النص ان خلاف ذلك يستدعى ان تسري على تركة واحدة قوانين مختلفة وان النصوص المتعلقة بالتركات من الاحوال الشخصية التي تتبع المرء أينما حل كما قدمنا وايضا التركة واحدة فيلزم ان يكون القانون الذي يسري عليها واحدا وذهب الانجليز والامريكانيون الي أنه يعتبر في كل مال من اموال التركة قانون مركز وجوده

(٤) (قوانين العقود) وهي التي موضوعها الكلام على شكل العقد وشروطه ونتائجه واهلية المتعاقدين فاذا تعاقد مصري مع اجنبي فهل ينطبق قانون الجنسية او قانون المكان الذي حصل فيه العقد الجواب ان في ذلك تفصيلا اما في اهلية المتعاقدين فالذي يسري هو قانون جنسية كل منهما بالنسبة له لانها من الاحوال الشخصية واما في شكل العقد فالقاعدة انه يسري عليه قانون المحل الذي حصل

فيه لاستحالة اتباع ما قرره القانون الاجنبي فيما يتعلق بالتسجيل مثلا بارض مصر ولان متشرع كل بلد اجاز للأجنبي ان يحرر عقودا بشرط اتباع ما نص في قانونه لصحتها ولانه لا يمكن ايثار قانون احد المتعاقدين على الآخر فكان في اتباع قانون المحل حسم لمثل هذا النزاع واما بالنسبة لما يترتب على العقد من التعهدات فالاخصام احرار فيه فلهم اتباع القانون الاجنبي او قانون محل العقد

الفصل الرابع عشر

في بطلان القوانين

هو ايجاب عدم العمل بمقتضى قانون بقانون آخر كما ذكر بمادة (٤) من ديكريتو ٧ شعبان سنة ١٣٠٠ ونصها (لا يبطل نص من القوانين والأوامر الا بنص قانون أو امر جديد يتقرر به بطلان الاول) وعلى ذلك فلا يبطل القانون الا واضعه فلا ينسخ امر عال بقرار وزاري ولا بمنشور اداري والبطلان قد يكون صريحا اما بنص الواضع على تعديل او بطلان كذا واما ان يأتي بنص عام في اخر كلامه نحو (كل ما خالف هذا يعد لاغيا) وقد يكون ضمنا كأن ينص اللاحق على نقيض السابق وظاهر المادة (٤) السالفة ان الواضع المصري لا يقبل الا البطلان صريحا لكنه لم يتقيد بها لانه كثيرًا ما استعمل البطلان دلالة هذا و يفهم من هذه المادة عدم البطلان بترك العمل به مدة طويلة او قصيرة نعم اذا عين المقنن للترك مدة بانقضائها يبطل القانون كان ذلك البطلان من قبل الواضع لا من انقضاء المدة ولا يجوز ان يوكل ذلك الى سلطة التنفيذ لانه ليس من شأنها ولا الى الافراد لئلا يختلفوا

« انتهى الجزء العام و يليه تذييل في انشاء المحاكم المختلطة »

تذييل للباب الثالث

في تاريخ انشاء المحاكم المختلطة المعبر عنه بالاصلاح القضائي

وفيه مقدمة وفصول

(مقدمة تاريخية) منذ افتتح خلفاء الاسلام مصر كانت الشريعة الاسلامية الغراء هي التي تضبط علاقات اهليها لانطباق احكامها عليهم مع بعض اوامر سلطانية ولوائح خديوية موافقة للشرع وما زال يجري الحال على هذا المنوال الى ان انشئت المحاكم المختلطة بعد مخابرات بين اسماعيل باشا ونوبار باشا والدول مكثت نحو ثمان سنين ثم انشئت في سنة ١٨٨٣ المحاكم الاهلية والقانون الاهلي

الفصل الاول

في حالة مصر قبل الاصلاح القضائي

كانت تجري في مصر احكام المعاهدات الدولية والعرف قبل انشاء المحاكم المختلطة وكان لكل نوع من الاحكام طريقة مخصوصة فاما الاحكام الجنائية فلم تسر على الاجانب بل كانوا مسئولين امام محاكمهم محاكمين حسب نصوص قوانينهم ارتكبوا جناية او جنحة او مخالفة على واحد من جنسهم كما في (مادة ١٥ من المعاهدة المبرمة بين الدولة العلية والحكومة الفرنساوية) او على مصري كنص المعاهدة المبرمة بين سعيد باشا والدول الاجنبية واما الاحكام المدنية فالعمل فيها على ثلاثة اقسام لان المخاصمة المدنية اما ان تكون بين الاهالي فالنظر فيها لمحاكمنا واما ان تكون بين اجانب من جنس واحد فالحكم فيها لقناصلهم سواء تعلقت بمنقول او عقار مع انه من المقرر الثابت ان محاكم البلدة هي التي تحكم في مواد

العقارات عموما للاجانب او للوطنيين حسب قانونها لما تقرر في الباب السالف ومع ان المعاهدات الدولية التي ابرمت سنة ١٨٠٧ بين الدولة العلية والدول الاجنبية وخولت للاجانب اكتساب املاك في اراضيها لم تخول للمحاكم القنصلية الحكم في مواد العقارات لكن خول للاجانب من عهد العائلة المحمدية امتلاك عقارات بمصر وصارت تحكم القناصل فيما يرفع بشأنها من المنازعات

واما ان تكون بين اجانب من اجناس مختلفة فكان للمتخاصمين حسب نص مادة (٣٦) من معاهدة سنة ١٧٤٠ السالفة الذكر الحق في رفع خصومتهم امام المحاكم الاهلية او امام سفير دولة المدعى عليه بالقسطنطينية لكن لم يعمل بهذا النص ابدا في مصر لان الاجانب لم ترد في سالف الزمان رفع شكاويهم الى محاكمنا القديمة ولا الى سفير المدعي عليه بالقسطنطينية لبعدها عن مصر بل صار الاجانب ذوو الجنسية المختلفة يرفعون دعاويهم المدنيه امام قنصل المدعى عليه استنادا على انه يوجد في مواد المرافعات مبدأ يقضي على المتخاصمين برفع الدعوى امام محكمة المدعى عليه وعلى انه لو رفعت الدعوى امام سفير الدولة العلية لاحتيج في تنفيذها الى مخابرة القنصل التابع لذلك السفير بمصر وعلى ان رفعها اليه بادىء بدء اسرع نتيجة وأبسط عملا

ولقد نشأ عما ذكرنا الى هنا مضار نذكرها لك فنقول

(الاولى) كانت المحاكم في مصر هي المحاكم الاهلية والقنصليات والبطرخانات وكانت مؤلفة من عديمي الدربة والكفاءة عاجزة عن تأدية اعمالها الوافرة واتهمت القنصليات بانها تساعد بني جنسها واريد اصلاح ذلك فانشئت سنة ١٨٥١ المحاكم التجارية المختلطة وتشكلت من اربعة قضاة اثنين من الاجانب واثنين من الوطنيين وعينت الدول مع القناصل قضاة من طرفها

« والثانية » وتوجد الآن جزئيا عندنا وهي ان الاجانب كانوا يحاكمون في جميع المواد الجنائية امام محاكمهم القنصلية وكانوا يرسلون الى اوروبا ليحاكموا بها كما يحصل الآن وفي ذلك ضرر من وجهين

« الاول » لا تحكم تلك المحاكم بالتشديد عند لزومه على الاجانب

« الثاني » اذا ارسل الاجنبي الى اوروبا ليحاكم بها لم يكن لعقابه تاثير المشاهدة على بني جنسه المقيمين بمصر مع انه من القواعد المقررة ان يكون في العقوبة ردع للاشقياء

(والثالثة) ما كان يعلم قبل رفع الدعوى من ذوي الاجناس المختلفة اي محكمة قنصلية تحكم فيها حيث كان من القواعد المقررة رفع الدعوى امام قنصلية المدعى عليه وما كان يعلم قبل رفعها من المدعي عليه

« والرابعة » اذا كان المدعي عليه اكثر من واحد لزم رفع قضايا بقدر عددهم امام محاكم متعددة على حسب الجنسيات المختلفه وكان ينشأ عن ذلك زيادة المصاريف القضائية وجواز حصول تناقض في الاحكام

« والخامسة » اذا لم يحكم للمدعي لم يرض بالحكم لصدوره عن قنصلية ليس تابعاً لها فلا يؤثر عليه

(والسادسة) اذا رفع المدعي عليه أثناء المرافعة في الدعوي المتوجهة عليه من قبل المدعي دعوي فرعية فانه لم يكن ليمكن رفعها الى المحكمة التي فيها المرافعة لما انه تقرر ان الدعوى ترفع امام محكمة المدعي عليه وهو هنا المدعي وهذه ليست محكمته

« والسابعة » قرروا رفع الاستئناف امام محكمة المستأنف فلو استأنف تلياني دعوى على يوناني واكتسبها ما كان يمكن ان تنفذ على اليوناني لصدور

الحكم من محكمة ليس لها ان تحكم على المستأنف عليه وزد على ذلك انه اذا استأنف كل منهما دعواه على الآخر لجاز وترتب حصول التناقض بين الحكمين فيتساقطان فنشأ عن هذين الامرين عدم استئناف الدعاوي

« والثامنة » كانت تحصل خصومات بين مصر ومتعهدي الاجانب ولم يكن من اختصاص المحاكم الاهلية او القنصليه النظر فيها بل كان القناصل يكتبون لدولهم بشأنها لاجل الزام مصر على الدوام بايفاء الاجانب المذكورين طلباتهم فاذا توقفت مصر عن تنفيذ احكام الدول شكل مجلس محكم ترتشى في الغالب اعضاؤه فيحكمون لصالح الاجانب

« والتاسعة » لم يكن لحقوق المؤلفين في مؤلفاتهم والصانعين في مصنوعاتهم حماية قانونية بل كانت تعبث بالمؤلفات والمصنوعات ايدى المترجمين والمقلدين

تلخص من ذلك ان مصر قبل الاصلاح القضائي كانت في فوضي فدعى ذلك الحال الى الاصلاح في منفعة سكان القطر من وطنيين واجانب وقد قال نوبار باشا عند مطالبته للاصلاح يوجد بمصر الف شقي من عشرين الفا من الاجانب وهذا يدل على ان اعظم ضرر اصاب مصر في ذلك الوقت انما هو عدم محاكمة الاجانب جنائياً بمحاكمنا

الفصل الثاني

« مخابرات نوبار باشا فيما يتعلق بانشاء المحاكم المختلطة »

منشأ تلك المخابرات تقرير قدمه سعادة نوبار باشا في نهاية سنة ١٨٦٧ الى خديوينا السابق اسماعيل باشا بين فيه المضار السالفة الذكر وقال لابد من الاصلاح بانشاء محاكم مختلطة تتركب من وطنيين واجانب وتكون الاغلبية والسيطرة للاول وتختص بالنظر في قضايا الجنايات والجنح والمخالفات المرتكبة

من الاجانب وفي القضايا المدنية التي تحصل بينهم اختلفت اجناسهم او اتحدت او بينهم و بين احد الاهالي وتطبق قانوناً يضبط علاقاتهم مع الوطنيين و يكون مشابها للقانون الفرنساوي فبعثت مصر بهذا التقرير الى الدول الاجنبية فرفضته دولة اليونان والانكليز اما الدولة الفرنساوية فعينت لجنة اجتمعت بباريس في تلك السنة واقرت على جزء منه ورفضت الآخر فالح مع ذلك في الطلب صاحب التقرير فقيل له انه ليس له شأن في المخابرة في ذلك فحصل على فرمان صرح له بها ثم طلب من الدول تشكيل لجنة دولية فانعقدت بالقاهرة وقررت قبول اختصاص تلك المحاكم في المواد الجنائية مع بعض شروط واستمرت مع ذلك المخابرات الى سنة ١٨٧٠ وفيها انعقدت لجنة فرنساوية ثانية بباريس تحت رياسة ناظر الحقانية ولم تقرعلى جميع ما اقرت عليه اللجنة المنعقدة في سنة ٦٧ لكنها لم ترفض التقرير ثم انقطعت المخابرات لحصول حرب السبعين بين فرنسا والمانيا واليك نتيجة ما اقرت عليه اللجان التي نظرت في المشروع من سنة ١٨٦٧ الى سنة ١٨٧٠

طلبت الدول ان تكون الاولوية في المحاكم المختلطة للعنصر الاجنبي وان تختص المحاكم القنصلية بالنظر فيما يحصل من الدعاوي بين الاجانب ذوي الجنس الواحد لانها لم ترد قفل باب القنصليات التي كانت تأسست في مصر وان تنظر في مسائل الاحوال الشخصية وان يكون انشاء تلك المحاكم لا على التأبيد بل تحت التجربة لمدة تتجدد فاذا لم تقم بشؤنها حق القيام الغيت ورجعت مصر الى ما كانت عليه قبل الاصلاح وذلك لعدم الوثوق بالمحاكم المطلوب انشاؤها فبعد انتهاء حرب السبعين عادت المخابرات الى مجراها وقبل صاحب التقرير لاجل الحصول على غرضه الاول ان يكون انشاء المحاكم مؤقتا لمدة تتجدد وان تكون

الاغلبية للعنصر الاجنبي وان تختص بالنظر في المخالفات المتوقعة من الاجانب وفي المخالفات والجنح والجنايات التي تقع من الاجانب على موظفي المحاكم المختلطة اثناء تأديتهم وظائفهم وان تختص المحاكم القنصلية بالنظر في مسائل الاحوال الشخصية كما ذكرنا ذلك آنفا في الباب السابق وفي مسائل المنقولات اذا حصل النزاع فيها بين اجانب متحدي الجنس وفي نهاية سنة ١٨٧٣ انتهت المخابرات وقبلت الدول من صاحب التقرير هذه الطلبات الاخيرة

﴿ الفصل الثالث ﴾

فيما حصل بعد الاقرار على مشروع الاصلاح

وبعد الاقرار على المشروع سئل من صاحب التقرير عن المحاكم المختلطة هل تختص بالنظر ايضاً في مواد التفليس فيما يتعلق بالاجانب فقال نعم وذلك لان التفليس لم يدون بالقانون الا لالزام تجار الاجانب بوفاء ما عليهم من الديون والتعهدات فادحض بذلك حجة من قالوا بعدم اختصاصها مستندين على ان التفليس يقتضي عدم اهلية المفلس لادارة امواله ولان يكون منتخباً (بالكسر) او منتخباً (بالفتح) وان كل ما يتعلق بعدم الاهلية يكون من مسائل الاحوال الشخصية التي تحكم فيها القنصليات هذا وحصلت الدول على اختصاص المحاكم القنصلية بالنظر في قضايا وكلاء الدول السياسيين والقناصل ورجال الطرائق الدينية الموجودة تحت حمايتها

﴿ الفصل الرابع ﴾

في القوانين المختلطة

الف هذه القوانين الموسيو (مونوري) الذي كان احد اعضاء مجلس النواب بباريس وكان صديق (نوبار باشا) وجعلها مشابهة للقانون الفرنساوي لانه كان

متبعاً قبل الاصلاح القضائي في معاملة مصر مع الدول الاجنبيه ثم صدقت الدول على اتباعها بمصر ما عدا قانوني العقوبات وتحقيق الجنايات فانها قررت انهما لا يتبعان الا بالنسبة للمخالفات المرتكبة من الاجانب والجنايات والجنح والمخالفات التي تقع على موظفي المحاكم المختلطة كما سلف

واعترض على القانون المدني المختلط من وجهين (الاول) قيل انه مختصر جدا لان مواده اقل كثيراً من مواد القانون المدني الفرنساوي وهذا الاعتراض باطل لان القانون المختلط لم تذكر فيه الاحوال الشخصية من نصوص الزواج والطلاق ونحوها لان المتبع في مسائلها بمصر لكل جنس قانون ملته كما سلف وذكرت في القانون الفرنساوي (الثاني) قيل ان المادة ١١ من القانون المدني المختلط اجازت للقاضي الحكم حسب قواعد العدل والانصاف عند عدم النص الصريح مع انه لاحد لتلك القواعد فكأنها اكسبت القاضي الحق في ان يحكم بما تقتضيه اغراضه وقد اجيب بانه لا يجوز للقاضي في المواد المدنية الامتناع عن الحكم فوجب عليه ذلك بالاجتهاد عند عدم النص الصريح او عندما يكون النص مبهما وبانه منذ افتتاح المحاكم المختلطة لم تنطبق هذه القاعدة الا على مقلدي مؤلفات ومصنوعات المؤلفين والصانعين فانه لعدم وجود نص بالقوانين المختلطه في ذلك مست الحاجة الى ان تحكم تلك المحاكم بتعويضات على هؤلاء المقلدين يدفعونها لارباب التأليف او المصنوعات هذا

وقد تغيرت تلك القوانين من سنة ١٨٧٦ الى سنتنا الحالية (راجع ديكريتو ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ الذي بدل الرهن العقاري بحق اختصاص الدائن بكل او بعض اموال مدينه وديكريتو ٣١ يناير سنة ١٨٨٩ الذي نص على ان جميع اللوائح النظامية التي تصدر من الحكومة تسرى احكامها على الاجانب

بعد تصديق الجمعية العمومية عليها وانه ليس لها مراجعتها للتصديق عليها الا لان يعرف هل العقوبات المبينة بها لا تزيد عن التي تقررت في مواد المخالفات في قانون العقوبات المختلط وهل تسرى موادها على عموم الاجانب والاهالي وقد تقرر بناء على ذلك بعد تصديق الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف ان يسري على الاجانب لائحة التنظيم الصادرة في ٢٦ يونيه سنة ١٨٨٦ وديكريتو ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩١ المتعلق بالحفر وديكريتو ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩١ الذي يسوغ لرجال البوليس الدخول في محال الاجانب بحضور القنصل او مع مندوب من قبله

﴿ انتهى تذييل الجزء العام و يليه الجزء الثاني ﴾

الجزء الثاني

في القانون الخارجي

الباب الرابع

في اصول القانون الدولي العام

الفصل الاول

في علاقات مصر مع الباب العالي

قال في ذلك (بورلي بك) ما ملخصه ـ تدفع مصر الخراج للدولة العلية وفي كثير من الاحوال تكون تحت حمايتها وسلطتها وذلك ان ساكن الجنان « محمد علي باشا » جد العائلة الخديوية الحاكمة تمكن من منحها نوع استقلال اداري مدونة احكامه بفرمانات سنة ١٨٤١ وان المرحوم « اسماعيل باشا » حصل سنة ١٨٦٨ على ان توارث الخديوية للاكبر فالاكبر من الاخوة وسنة ١٨٧٣ على الفرمان الشامل لمنح مصر الحق في عقد معاهدات مع وكلاء الدول الاجنبية وان جميع ذلك كان للمرحوم « توفيق باشا » وورثه الجناب العالي « عباس باشا حلمي الثاني »

و بالجملة فان استقلال مصر الاداري مقيد بامور ـ منها ان جباية الاموال تكون باسم (مولانا السلطان) مع انها لا تحرم « خديوي مصر » من الحق في تعديل الضرائب المخول له على مقتضى نصوص الفرمانات ـ ومنها انه نص منذ سنة ١٨٧٩ على ان ليس لمصر الاستقراض الا لتسوية حساب المالية ولذلك اضطرت الحكومة الخديوية في سنة ١٨٨٨ الى طلب التصريح لها من الباب

العالي باستقراض خمسة ملايين جنيها ــ ومنها ان ليس للخديوي ترك احد امتيازاته المخولة له من قبل (مولانا السلطان) ولا جزء من اراضي حكومته المخولة له لغاية سنة ١٨٧٩ ــ ومنها انه يجب على مصر ان تدفع خراجاً سنوياً مقداره (٧٥٠٠٠٠) ليره عثمانية ــ ومنها ان السكة تضرب باسم (مولانا السلطان) ومنها ان الجيش المصري لا يزيد في العدد عن (١٨٠٠٠) نفس الا اذا امر « مولانا السلطان » بالحرب ــ ومنها ان تشبه رايات الجيش المصري الرايات العثمانية ــ ومنها ان ليس لمصر ان تعمل سفناً حربية الا بعد الاستئذان من الدولة العلية ــ ومنها ان للجناب العالي الخديوي ان يمنح لغاية رتبة اميرالاي عسكريا والرتبة الثانية ملكيا والغاية فيها داخلة في المغيا واما الرتب التي هي ارقى من ذلك فله ان يمنحها بشرط ان تكون براءتها مختومة باسم (مولانا السلطان)

« تنبيه » استوقف احد نصوص فرمان « ٩ اغسطس » سنة ١٨٧٩ انظار المحاكم المختلطة وهو انه لجناب الخديوي الحق في الادارة المدنية المصرية فيعمل القوانين واللوائح العادلة الضرورية لها فاستقر رأيها بعد ان تشككت في الحكم على ان ليس (للخديوي) ان يغير الاحوال الشخصية التي هي من متعلقات الدين حيث ان (مولانا السلطان) نائب عن المولى عز وجل في تنفيذ اوامره على خلقه وان تلك النيابة تقضي بانه لا يغيرها فكذلك وكيله

الفصل الثاني

في ان فرمانات مصر احدى مسائل القانون الدولي العام الاوروبي

قال (بورلى بك) ايضاً ان استقلال مصر المقيد بما سلف قد احدثته الدول الاوروبية بناء على صدور أمر لها من قبل (مولانا السلطان) بالتداخل (راجع

تذييل معاهدة لوندره التي حصلت في (١٥ يوليه سنة ١٨٤٠) وان الباب العالي أخذ رأيها سنة ١٨٤١ في مسئلة وراثة الخديوية المصرية وانه قد سبق تولية المرحوم (محمد توفيق باشا) الخديوي الاسبق مخابرات دولية فاستنتج من ذلك أن فرمانات مصر من مسائل القانون الدولي العام الاوربي

﴿ الفصل الثالث ﴾

في علاقات مصر والدول الاجنبية

للجناب الافخم الخديوي الحق في عقد معاهدات دولية بشرط عدم الاخلال بمعاهدات الدولة العلية السياسية (راجع فرمانات سنة ١٨٦٧ وسنة ١٨٧٣ وسنة ١٨٧٩) ولذلك ترى أنه عقد معاهدات تجارية بعد انتهاء أجل المعاهدات العثمانية لسنة ١٨٦٧ مع انكلترا وبلاد النمسا والمجر وايطاليا واليونان وبلجيكا والبورتغال

وهناك مسائل مهمة تعد عادة من نظريات القانون الداخلي العام أو القانون الخاص صارت في مصر من مواضيع القانون الخارجي العام سيقف المطلع عليها

ومن اطلع على المعاهدات الدولية عرف أن منشأها ربط العلاقات وتبادل المنافع المدنية والتجارية بين المسلمين والمسيحيين لتمهيد الوفاق برفع موانعه الناشئة من اختلاف الاديان والاخلاق والعوائد

وهذه المعاهدات قسمان — منها ماله أهمية تاريخية فقط كمعاهدات صلاح الدين المنعقدة سنة ١١٧٥ مع اهالي (بيز) وهي مدينة في ايطالية من مرافئ البحر الابيض المتوسط ومحمد الثاني مع أهالي (جين) (وهي مثل سابقتها) سنة ١٤٥٣ ومع اهالي البندقية سنة ١٤٥٤ ومعاهدة أبي النصر قايتباي التي

عقدت مع أهالي فلورنسه سنة ١٤٨٨ وقنصوه الغوري التي عقدها مع الفرنساويين من سنة ١٥٠٧ الى سنة ١٥١٧ وسليم الاول الفاتح (راجع معاهدة سنة ١٥٣٥ المنعقدة مع جان دلا فوريه سفير امبراطور الفرنساويين (فرنسوا الاول) وابراهيم سرعسكر السلطان (سليمان) — ومنها ماله اهمية عصرية عملية وهي التي عقدها من سنة ١٥٣٥ الى ايامنا هذه (سلاطين آل عثمان) مع اسوج والدانيمارك والبروسيا واسبانيا والبلجيكا والبورتغال واليونان والفرنساويين وغيرهم ومزاياها العملية الآن هي ثلاثة (الاولى) عدم انتهاك حرمة منازل الاجانب الا عند الضرورة فانه يجوز الدخول فيها للعثمانيين بحضور القنصل او مندوبه (والثانية) عدم مسؤلية الاجانب امام محاكم العثمانيين وقد ذكرنا في الجزء العام وتذييله كل ما يمكن تحقيقه في هذا الموضوع المهم (والثالث عدم جواز أخذ ضرائب من الاجانب ولهذه القاعدة استثناآت ذكرناها في الجزء العام وتذييله من اطلع عليها يجزم بان الغرض منها تقوية سلطة الجناب العالي الخديوي وتقدم الحياة الاجتماعية بمصر

الفصل الرابع

في دين مصر

قال (بورلي بك) ما معناه ان مسألة دين الحكومة المصرية البالغ تقريباً (١٠٥٠٠٠٠٠٠) جنيهاً انكليزيا كان ينبغي اعتبارها من مسائل القانون الداخلي الخاص لكن لما لم تكن استدانتها من المصريين بل من انكلترا وفرنسا صارت من نظريات القانون الخارجي العام وذلك أنه صدر في ٣١ مارث سنة ١٨٨٠ ديكريتو يخول للجنة دولية مشكلة من مندوبين دوليين النظر في الدين المصرى وفي عمل الميزانية بعد ان جاء في مقدمته ما يؤيد معاهدة دولية على

مقتضى نصوصها تجري اعمال الحسابات المالية وقانون التصفية ما هو الا نتيجة نصوص تلك المعاهدة و بعد ذلك صار الدين المصري موضوع اتفاقات دولية تجري احكامها عليه كما يفهم ذلك من الاوامر السياسية خصوصاً ديكريتو ١٢ يوليه سنة ١٨٨٨

ولجنة الدين العمومي ومصالح السكك الحديدية وميناء الاسكندرية والتلغرافات والدومين والدائرة السنية لم توجد الا بعد مخابرات دولية قضت بان تشكيلها واختصاصاتها واعمالها من نظريات قانون مصر الخارجي العام وكذلك قضت اللجنة الدولية المنعقدة بباريس سنة ١٨٨٥ والمخابرات

المتبادلة في سنتي ١٨٨٦ و ١٨٨٧ بان مصلحة قنال السويس من مسائل القانون الخارجي العام

ومن هذا القبيل ايضاً ما ذكر في محضر لجنة لندرة المنعقدة في ٢٨ و ٣١ يوليه سنة ١٨٨٤ من ان للدول الحق في التداخل سياسياً في بعض المسائل الصحية بمصر وحصول دولة انكلترا في (٤ اغسطس سنة ١٨٧٧) من الحكومة المصرية على بعض تعهدات تختص بتجارة الرقيق بجميع انواعه

(تنبيه) لم اعقد باباً لمسائل القانون الدولي الخاص اكتفاء بما ذكرته فيه بالجزء العام و بما ذكر في كتاب القانون الدولي الخاص لجمال الدين و بسطورس بشاره فراجعه ان أردت الوقوف على اصوله



الجزء الثالث

في القانون الداخلي العام

الباب الخامس

في القانون النظامي

الفصل الاول

في لزوم ايجاد النظامات وما ينبغي اتباعه فيها من المبادئ الحقة

ان بقاء المجتمع موقوف على وجود الحكومة لانها تؤيد حرية كل فرد من افراده والقاعدة الواجب اتباعها في نظام الحكومة ان لا تفضل فردا من رعاياها على آخر في الحقوق فينحصر موضوعها اذن في المحافظة على الحقوق وكل حكومة لها نظام مكتوب او عرفي ملزم باتباعه قهرا او مقبول لذاته لدى الافراد والنظامات التي على هذا المنوال تكون حسنة بخلاف التي تتعداها فانها تكون رديئة بقطع النظر عن شكل الحكومات ألا ترى أن (بنتام) لم يتعرض في كتابه اصول الشرائع الى البحث فيما ينبغي ان يكون عليه شكل الحكومة لاعتقاده ان احسن حكومة هي التي اعتادت الامة عليها وان السعادة هي غاية كل امة فكل حكومة اوصلتها اليها كانت هي الراجحة وحيث ان السعادة لا تنال الا بقانون عادل مبني على القواعد الصحيحة الحقة فمتى توفرت تلك السعادة عند الامة بلغت مقصدها وان فقدت كل قوة سياسية وبعكس ذلك لو توفرت جميع القوى السياسية لامة وساء قانونها فلا يفيد شكل الحكومة شيئاً

وقال سعادة الفاضل (فتحي بك زغلول) في هذا الصدد واعلم أن اقبح شيء في البحث عن هذا الموضوع هو الابتداء بالطعن على الحكومة القائمة وتحريك الشهوات والمنافسات عليها مع أن النظام الحقيقي وسن القوانين المفيدة الثابتة لا يتسنى الا في زمان هدأت فيه الأفكار وانطفأت نيران الشهوات والبغضاء وثبتت الحكومة في مركزها

الفصل الثاني

في حقوق رعايا العثمانيين النظامية

هذه الحقوق كثيرة نقتصر على ذكر أشهرها

(الاول) المساواة امام القانون ـ ذكر تلك المساواة أمر (الكلخانة) الذي احتفل بنشره في ٣١ نوفمبر سنة ١٨٣٩ الصادر من (مولانا السلطان عبد المجيد خان) وهذا تعريبه

لثقتنا بمعونة الله العلي العظيم واتكالنا على شفاعة نبيه صلى الله عليه وسلم قد ترا اى لنا ان نبحث بنظامات جديدة في ان نمنح اقاليم دولتنا العلية التمتع بمزايا ادارة حسنة وأشهر مواضيع تلك النظامات هي أمور (أولها) ضمان حياة وشرف ومال كل فرد (وثانيها) جباية الاموال بطريقة عادلة (وثالثها) حشد الجنود وتعيين مدة خدمتهم العسكرية بطريقة عادلة ايضاً اه

فنشأ عن ذلك امور ـ منها تعيين الاجانب في اهم الوظائف بعاصمة البلاد العثمانية او انتدابهم بالخارج ـ ومنها قبولهم بمدارس الحكومة الملكية والحربية ـ ومنها جباية الأموال بدون فرق بين طبقات الأفراد عموماً ولو اختلفت ديانتهم ـ ومنها دخول الأجانب في العسكرية

(والثاني) الحرية الشخصية بحيث صار كل عثماني مسلماً كان او غير مسلم

لايجوز حرمانه من حريته ولا من امواله الا بمقتضى حكم مطابق لقوانين هذا العصر وعليه فيعاقب مرتكب الحبس من غير حق بالعقوبات المدونة في القوانين وقد منعت تجارة الرقيق باميرنامت ٤ اغسطس سنة ١٨٦٢ في بلاد الترك اما في مصر فقد اتفقت كما اسلفنا دولة انكلترا مع الحكومة الخديوية على ان كل من يتجر في الرقيق يحاكم بمجلس عسكري (راجع في ذلك ديكريتو منع تجارة الرقيق الصادر في ١٧ اغسطس سنة ١٨٧٧ وصدر منشور في ٣١ يوليه من نظارة الداخلية معاقبا مشترى الرقيق بنفس عقوبات بائعه غير ان هذا المنشور لا يكون في قوة قانون نشر وأعلن من قبل الجناب العالي الخديوي

والثالث الغاء العقوبات البدنية ـ قد ابطل بخط الكلخانه الشريف والخط الهمايوني إبطال التعذيب البدني حفظا لشرف الانسان (راجع ايضاً مادتي ١٧ و ١٢٠ من قانون العقوبات الاهلي) لاقبل السجن ولا فيه الا فيما نصت عليه اللوائح التأديبية لدولتنا العلية

والرابع ضمان حق الملكية ـ ذكره الخط الشريف بما معناه كل له حيازة أملاكه من اي نوع كانت وكمال التصرف فيها من غير حجر فلا يسوغ لأحد منع ذلك التصرف فورثة الجانين مثلا لا يحرمون من حقوقهم الشرعية ولا يجوز تصدير اموال الجاني للحكومة ولا ينظر في ذلك الى الاختلاف في الاديان (راجع في هذا مادتي ٨٨ و ٨٩ من القانون المدني الأهلي)

والخامس حرية اقامة شعائر الأديان ـ أتي في ذلك الخط الهمايوني بهذه العبارة (قد أخذت على نفسها الحكومة العثمانية ان تقوم بالاجراآت الضرورية لتأييد اقامة شعائر كل دين مهما بلغ عدد المتمسكين به بحيث لا يجبر أحد على الردة من دين لآخر

والسادس (حرية التعليم) ـ ذكر بالخط الهمايوني ان لكل طائفة الحرية في انشاء مدارس عامة للعلوم والفنون والصنائع غير ان طريقة التعليم وانتخاب الأساتذة يكونان برعاية مفتشي مجلس معارف مختلط يعين اعضاءه (مولانا السلطان نفسه)

(تنبيه) تأيدت جميع هذه الحقوق النظامية في القانون النظامي العثماني المعلن في ٧ القعدة سنة ١٢٩٣ اى ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٧٦

الفصل الثالث

انقسام السلطة الخديوية بأوامر عالية

سبق الكلام على ان السلطة الخديوية قائمة بالتوكيل عن جلالة مولانا السلطان وعلى أنها مبينة بالفرمانات الشاهانية ـ وهذه السلطة الشخصية المطلقة قد تجزأت بأوامر عالية (الاول) ما ذكره المرحوم (اسماعيل باشا) في خطاب له مؤرخ ١٨ أغسطس سنة ١٨٧٨ ارسله الى رئيس مجلس نظاره سعادة (نوبار باشا) من انه يريد من الآن فصاعدا ان يشاركه في الرأي مجلس نظاره بان يتناقش في مسائل البلد المهمة و يكون الرأي فيه الى الأغلبية ثم يؤيد هذا الرأي الجناب العالي الخديوي (والثاني) امر ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٦٦ الذي انشأ بمصر مجلس نواب الامة وقد استبدل هذا الأمر بديكريتو ٧ فبراير سنة ١٨٨٢ (والثالث) القانون النظامي الذي شكل جملة مجالس سياسية تعمل للآن وهي الجمعية العمومية ومجالس المديريات

الباب السادس

في القانون الاداري

الفصل الأول

القانون الاداري وتعديله

ليس للقانون الاداري الدوام الذي للقانون الخاص وذلك ان منشأ هذا القانون الباحث عن اختصاص الادارة المركزية والمديريات مبادئ سياسية محضة تتغير تبعا لتغير شكل الحكومة فيتأثر بما يصل اليه التمدن من التقدم في العلوم والاقتصاد ـ وتنحصر مباحثه في الكلام على سلطة التنفيذ والادارة وسلطة التشريع والقضاء

الفصل الثاني

في سلطة التنفيذ والادارة

قضت المادة ١٥ من القانون النظامي على أنه لا يعلن قانون أو أمر قبل وضع امضاء رئيس مجلس النظار والنظار أنفسهم عليه ـ ومسؤليتهم مدونة بديكريتو ١٩ فبراير سنة ١٨٨٧ المذكور به تشكيل المجلس الاداري العالي (راجع من كتاب جيلات الفرنساوي صحيفة (١٦٠) من الجزء الأول)

الفصل الثالث

في رئيس مجلس النظار

ان خطاب تشكيل هذا المجلس قد تعينت به اختصاصات رئيس مجلس النظار والمجلس نفسه وذكر بديكريتو ١٠ ديسمبر سنة ١٨٧٨ في هذا الصدد

ان ذلك الرئيس هو الذي يعقد و يرأس المجلس و يبلغ آراءه للحضرة الفخيمة الخديوية وعلى الخصوص التي يرى لزوم التصديق عليها من جنابه الفخيم (راجع المادة ٥ من القانون النظامي الصادر في غرة مايو سنة ١٨٨٥) وذكرت اختصاصاته ايضاً بديكريتو ٢٠ فبراير سنة ١٨٨٦ (راجع صحيفة ١٣٢ من الجزء الاول من كتاب جيلات الفرنساوي)

الفصل الرابع
في النظارات

هي سبعة (الاولى) نظارة الخارجيه ونظامها الداخلي مذكور بديكريتو ١٧ يناير سنة ١٨٨٦ (والثانية) نظارة المالية وللمستشار المالي فيها اختصاصات تجعله في الدرجة بعد ناظر المالية مباشرة واشهر اقلامها قلم الحسابات العامة وقلم الاموال المقررة وغير المقررة واقلام التفتيش (والثالثة) نظارة المعارف العمومية وهي التي تمنح شهادات الدراسة الابتدائية والثانويه المسماة (بالبكالوريا) والعليا وهي القابضة على زمام ادارة المدارس الابتدائية والتجهيزية وقسم المعلمين العربي والافرنكي والمهندسخانة والحقوق والطب والفنون والصنائع لا الجامع الازهر كما زعم بعض الفرنج فان كل المرجع في ادارته الى شيخ الجامع نفسه ومجلس الادارة المشكل من أجل علمائنا الاعلام ولجميع الطوائف في مصر الحق في التعليم لأي لغة او أي فن من الفنون وفتح المدارس لذلك (والرابعة) نظارة الداخلية (راجع ديكريتات) ٢١ فبراير سنة ١٨٨٦ و ٢١ مارث سنة ١٨٨٨ وتلحق بها ادارة البوليس (والخامسة) نظارة الحقانية (راجع ديكريتو ١٣ سبتمبر سنة ١٨٨٥) وهي القابضة على زمام ادارة القضاء الشرعي والاهلي والمختلط (والسادسة) نظارة الاشغال العمومية (راجع ديكريتات ٣١ ديسمبر سنة ١٨٧٨ و ٢١ فبراير

سنة ١٨٨٤ واشغالها التنظيم والري والجسور والترع وغير ذلك (والسابعة) نظارة الحربية (راجع ديكريتو ١٠ ديسمبر سنة ١٨٧٨)

(ملحوظة) ألحق ديكريتو ١٥ يناير سنة ١٨٨٤ ادارة السودان وملحقاتها بهذه النظارة

الفصل الخامس

في القابضين على زمام سلطة التنفيذ والادارة

هم النظار والمحافظون والمديرون ومامورو المراكز ونظار الاقسام والعمد ومشايخ البلاد وذكر بامر عال ان المحافظين والمديرين نائبون عن النظار وان تعيينهم وعزلهم يكون بامر عال وقد تقرر لهم الحق في الحكم في المخالفات التي تقع في اثناء مرورهم أو في مركز المديرية ويوجد تحت سلطة كل مدير موظفون مكلفون بأعمال ادارية مختلفة كمأمور المالية التابع للمالية والمهندسين التابعين لنظارة الاشغال العمومية وحكمداري البوليس التابعين للداخليه وغيرهم اما مأمورو المراكز فهم تابعون مباشرة للمدير وهم الرؤساء الاداريون العاملون في كل مركز وتعيينهم وعزلهم يكون بقرار وزاري واما عمد ومشايخ البلاد فيعينون بعد تصديق نظارة الداخليه وتقييد اسمائهم في دفاترها (راجع ديكريتو ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٩ وهم نائبون في القرى عن سلطة الادارة وتعيينهم اما ان يكون بالوراثة أو الانتخاب او التعيين من قبل المدير او مأمور المركز المنتدب لذلك ولهم وظائف قضائية مذكورة بقانوني المرافعات الاهلي والمختلط وغيرهما (راجع مواد ٩ و ٥٣١ و ٦٢٧ و ٦٤٧ من قانون المرافعات المختلط ومادة ١٠٤ من قانون التجارة المختلط).

الفصل السادس

في سلطة التشريع

ان خطاب سنة ۱۸۷۸ تضمن مسؤلية النظار امام الحضرة الخديوية ومنذ ذاك العهد صار مجلس النظار قائماً باعمال سلطتي التشريع والتنفيذ بالاشتراك مع الخديو الافخم غير ان الجناب العالي حفظ لنفسه الحق في رياسة الجيش براً وبحراً ـ والقانون النظامي الصادر في غرة مايو سنة ۱۸۸۳ نص على تشكيل مجالس المديريات ومجلس شورى القوانين والجمعية العمومية ومجلس الحكومة الذي ألغي بعد ـ واختصاصات الجمعية العمومية هي البحث عن الضرائب من حيث الزيادة والنقص ورفع اموال وتقرير اموال ـ ومتى صدق الجناب العالي الخديوي الديكرتيو تنفذ وان لم تلاحظ في اصداره نصوص القانون النظامي ـ واعمال النظار في التقنين تختلف فتارة تكون بديكريتات صدق عليها الجناب العالي وتارة بقرارات وطورا بمنشورات

الفصل السابع

في سلطة القضاء

لا يوجد بمصر قضاء اداري حقيقي فالحكومة اذا تعاملت مع الاجانب ترفع خصوماتها معهم امام المحاكم المختلطه حسب نص مادتي ۱۰ و ۱۱ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطه وهذه الاجراآت تعاكس تقدم البلد فان المحاكم المختلطه ذهبت في احكامها الى ايجاد مزايا واستثناآت لصالح الحكومه وهذا امر غير قانوني يؤسف عليه خصوصاً في بلد لم تتعين فيها اختصاصات الادارات العمومية تعييناً تاماً وتشتغل حكومتها بالزراعة والصناعة والنقل والتجارة واعمال البنوكة وغير ذلك والرأي العام يقتضي تدوين قانون

اداري وتشكيل محاكم ادارية بمصر مخافة الوقوع في الفوضى اكثر من ذلك اما اذا تعاملت الحكومة مع الاهالي فترفع قضاياها معهم امام المحاكم الاهليه وجاء بالمادة الخامسة عشرة من لائحة ترتيبها ان لها الحكم في كافة الدعاوي التي ترفع على الحكومة بطلب تضمينات ناشئة عن اجراآت ادارية تقع مخالفة للقوانين او الاوامر العالية وهذا النص يليق ان يكون اساس عدالة حقة والطلبات المتعلقه بضرائب الاطيان ينظرها المديريون وناظر المالية وانطلبات المختصة بالمباني تنظرها مجالس خصوصية ومع ذلك قد حفظت المحاكم المختلطة اختصاصاتها في مواد ضرائب الاطيان غير انه لا تاثير له اما نظرا لانبهام النصوص او للعرف الجاري واما بالنسبة لصعوبة عمل تقارير اهل الخبرة والمنازعات المتعلقة باساس ربط الاموال الميرية لا تختص المحاكم الاهلية بالنظر فيها بنص مادة (١٦) من لائحة ترتيبها والحكم في قضايا الجمرك يكون طبقاً لنصوص لائحة الجمرك الصادرة في ١٧ ابريل سنة ١٨٦٢ ومع ذلك فوجوب اتباع اجراآتها بالنسبه للاجانب صار مشكوكا فيه بعد انشاء المحاكم المختلطة واما المسائل الواقعة بشان الملح والدخان فتحكم فيها الحكومة كما يتراآي لها مع مراعاة نصوص المعاهدات فيما يتعلق بالاجانب واما الخصومات في الفوائد ورسوم التسجيلات ونقل الملكية بانواعها والرسوم القضائية فهي من اختصاص المحاكم الاهلية تارة والمختلطة تارة اخرى متى صدر الامر عن سلطة غير مختصة او مخالفا للقانون او لم يطابق الاوضاع القانونية

تطبيقات

ينتج مما تقدم من القواعد جملة نتائج (الاولى) اذا نظرت المحاكم في امر اداري وقع مخالفاً للقانون يجب عليها الحكم في المسئلة بمعرفتها ثانياً مع قطع النظر

عنه بالمرة (والثانية) اذا استند احد المتخاصمين في دعوى مرفوعة امام المحاكم بامر اداري مخالف للقانون وجب عليها ان لا تلتفت الى هذا الامر الاداري فلا يجوز لها الحكم ببطلانه ولا بتعديله (والثالثة) ليس للمحاكم ايقاف تنفيذ اوامر الادارة وان كانت غير قانونية وذلك لان هذا يعد تعديا منها على اختصاصات الادارة غير انه لها النظر في نتائجها بالنسبة لمن حصل له ضرر منها من الاهالي وهذه القاعدة المانعة من حصول النزاع بين المحاكم والادارة تجعل الاهالي لا ملجأ لهم للتشكي من اوامر الادارة الاستبدادية (والرابعة) كما ان المحاكم لا يجوز لها ايقاف تنفيذ امر اداري لا يجوز لها الامر بتتميم امر اداري ايضاً والا لما حصل انفصال السلطتين (والخامسة) جهة الادارة تختص بالفصل في المنازعات الحاصلة بين رجالها فيما يتعلق باختصاصاتهم وعلى المحاكم ان تحيل عليها ما يرفع اليها من هذا القبيل (والسادسة) لا يعد نظر المحاكم في تحقيق صفة رجال الادارة تعديا منها على سلطتها (والسابعة) اذا حصل نزاع بين جهتين من جهات الادارة فسلطة التنفيذ هي التي تحكم بينهما لا المحكمة

الباب السابع

في الاصول العامة لقانون الجنايات

﴿ الفصل الأول ﴾

في الفرق بين القانون المدني والقانون الجنائي

قالوا ان القانون المدني بجميع ما اشتمل عليه من شأنه ان ينطبق على الناس كافة بخلاف القانون الجنائي فان شانه ان لا ينطبق الا على ارباب الجرائم واقول ليس هذا فرقا فان شأن كل منهما ان يطبق على الناس جميعاً

الفصل الثاني

في اقسام القانون الجنائي

هي ثلاثة (الاول) نظريات تحديد الجرائم وعقوباتها (والثاني) تشكيل المحاكم المكلفة بتطبيق تلك النظريات وبيان اختصاصاتها (والثالث) الاجراآت أعني ما يجب اتباعه من السير لاثبات الوقائع الجنائية والعقاب عليها — ولنذكر في الفصول الآتية جملا عامة لشرح هذه الاجزاء فنقول

القسم الأول للقانون الجنائي

(اي نظريات تحديد الجرائم وعقوباتها)

الفصل الثالث

في تعريف الجرم

الجرم هو فعل ما نهى عنه قانون جنائي او ترك ما أُمر به فخرج ارتكاب ما لم ينه عنه كالقتل دفاعا عن النفس او قياما بالواجب كمن أُمر بقتل محكوم عليه وقال (بنتام) ان معنى الجرم يختلف باختلاف الموضع الواقع فيه البحث فان كان البحث عمليا اي دائرا في قانون وضع من قبل فالجرم فعل كل أَمر نهى عنه الواضع سواءٌ كان النهي خطأً أَم صوابا وان كان البحث عمليا بمعنى ان المراد ايجاد قانون مطابق للمنفعة فالجرم هو فعل كل أَمر يجب النهى عنه لترتب ضرر عليه ثم قال وتنقسم الجرائم الى وجودية وعدمية (فالاولى) هي التي تحدث من حصول عمل من الأَعمال لغرض من الأَغراض (والثانية) هي التي تنشأ من عدم فعل ما وجب وتعريفه الأَول لا يشمل إِلا الوجودية فكان عليه ان يجعله عاما شاملا للوجودية والعدمية معا فقصره على الوجودية في التعريف وجعله شاملا لها وللعدمية في التقسيم تناقض

ثم قال ومن وقف على معنى الجرم الحقيقي سهل عليه التفريق بينه و بين الفعل الذي يعده الناس جرما مع انه ليس كذلك لفساد اعتقادهم فيه او لنفورهم منه اولسوء فهم الحكومة اولتوهم خروجه عن مقتضيات الزهد والتنسك كما يظن الناس في بلاد كذا ان بعض الحشائش سامة او قذرة مع انها من الذ المأكول وأليقه بالصحة فالسحر والاختراع او الابداع جرائم من هذا النوع اقول ان للسحر امكانا بأدلة عقلية ذكرها الرازي في تفسيره قوله سبحانه وتعالى (واتبعوا ما تتلوا الشياطين على ملك سليمان الآية) ونقل كلام الفلاسفة والمعتزلة وأهل الاطلاع والمحصلين وذكر ادلة النفي والاثبات ثم قال فاذا اتى الساحر بشيء من ذلك فان اعتقد ان اتيانه به مباح كفر لانه حكم على المحظور بكونه مباحا وان اعتقد حرمته فعند الشافعي رضي الله عنه ان حكمه حكم الجناية ان قال اني سحرته وسحري يقتل غالبا يجب عليه القود وان قال سحرته وسحري قد يقتل وقد لا يقتل فهو شبه عمد وان قال سحرت غيره فوافق اسمه فهو خطأ تجب الدية مخففة في ماله لانه ثبت باقراره الا ان تصدقه العاقلة فحينئذ تجب عليهم هذا تفصيل مذهب الشافعي رضي الله عنه اذا عرفت هذا فكيف لا يجعل (بنتام) السحر من عداد الجرائم ولعله لم يطلع على شيء من ادلته وذلك مذموم فان العالم الفيلسوف لا ينفي الشيء حتى يثبت بالبرهان عدمه فكان ينبغي له البحث في ذلك او عدم التعرض له بالكلية

الفصل الرابع

في ان للجرم عرضاً عامة وخاصة

للجرم عرض عام وخاصة (فالاول) كحادثة اتمها الجاني او لم يتمها ـ وهو مختار عاقل ـ مستحق العقاب عليها بنص القانون ان لم يكن دفاعاً عن النفس ولا

قياماً بالواجب (والخاصة) كالامور المختصة بكل نوع من انواع الجرائم التي تذكر في تعاريفها ويجوز ان نعبر عن عرض الجريمة العامة باركانها الاربعة التي سنذكرها

الفصل الخامس
في الركن القانوني

الاصل العام في هذا الركن هو (لا جريمة ولا عقوبة الا مادون منهما بقانون اعلن ونشر قبل ارتكاب الفعلة ولما كان للواضع الحق دون سواه لانه نائب المجتمع في ان يبين الافعال التي لا يجوز ارتكابها لضررها بالهيئة الاجتماعية لم يكن للقاضي ان يدخل جريمة جديدة في عداد الجرائم او يطبق جريمة لم تكن في القانون على ما فيه والقانون الجنائي هو ما تركب من اوامر عالية جنائية اعلنها الحاكم واوجب العمل بنشرها بعد أخذ راي مجلس شورى القوانين حسب الاوضاع النظامية وسريانه يكون على مستقبل الحوادث وتفسيره على ثلاثة انواع خاص وعام وقضائي والتفسير هنا خلاف تفسير القانون المدني لانه اذا انبهم على الدائرة الجنائية نص فلها ان تبحث عن قصد الواضع به متبعة ما يتراآى موافقا من طرق التفسير فتعممه او تخصصه بعد مقارنته بنصوص بابه او بالقانون المستمد هو منه أو بالتقارير والمناقشات التي نشأ عنها او باستقراء سبب وضعه متبعة فيه قاعدة) يتبع النص كلما وجد سبب وضعه ولا يتبع اذا زال واما اذا كان واضحا أو فسر قبل فعليها ان تطبقه على الاحوال الشاملة لها الفاظه لا على سواها بحيث يكون لها ان تبرئ ساحة المتهم عند عدم النص على عقوبته اذ ليس لها ان توجد جريمة او عقابا بطريق الاستنباط أو المشابهة اما الدائرة المدنية فلها عند عدم نص القانون المدني الحكم بالاستنباط وبالقياس

او حسب قواعد العدل كما تقرر بمادة (٢٩) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ونصها (ان لم يوجد نص صريح بالقانون يحكم بمقتضى قواعد العدل و يحكم في المواد التجارية بمقتضي تلك القواعد ايضاً وبموجب العادات التجارية) بل يتعين عليها الحكم كما أسلفنا في كل قضية رفعت اليها بحيث لا يقبل احتجاجها بعدم النص والا عوملت بمقتضى مادة (١١٣) من قانون العقوبات الأهلي ونصها (اذا امتنع احد القضاة في غير الاحوال المذكورة عن الحكم يعاقب بالتغريم من الف قرش ديواني الى ألفي قرش ديواني و يجوز عزله ايضاً من وظيفته و يعد ممتنعا عن الحكم كل قاض ابي او توقف عن اصدار حكم بعد تقديم طلب اليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في مادتي (٦٥٥) و (٦٥٦) من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بان النص غير صريح او بأي وجه آخر

وسريانه هو أو المفسر له يكون على الحوادث التي تقع من يوم وجوب العمل بمقتضاه لا على ما سبقه منها الا اذا رأى المقنن سريانه على تلك الحوادث السابقة لاقتضاء المنفعة العامة ذلك لانه لم يذكر بالقانون النظامي المصري الذي منه الفرمانات حجر عليه في ذلك بخلاف القاضي فانه مقيد بالقانون وسبب سريانه من يوم الانذار به ظاهر في المخالفات لان العدالة تقضي ان يؤاخذ بعد الانذار تحقيقاً للوعيد فان قلت ما حكمته في الجنايات والجنح والضمير ينبئ بمضارها من غير انذار قانوني قلنا ليس اساس المعاقبة عليها العدالة المطلقة التي ينبئ الضمير عنها بل هو العدالة المطلقة مع احتياج المجتمع بحيث انه قد ينذر الضمير بمضار امر لم يكن معاقباً عليه قانونا لعدم احتياج الهيئة الاجتماعية للمعاقبة عليه كالشروع في الاشتراك في قتل لم يقع بعد وقد سبق هذا المعنى قريباً وقدمنا ان الشريعة

المطهرة خولت للقاضي النظر فيما لم ينص عليه حفظا للاعراض والشرف

وكما يسري القانون على الحوادث المستقبلة يتبع ايضاً في الحوادث السابقة التي لم يحكم فيها مطلقاً او لم يحكم فيها نهائياً بان كانت قابلة للنظر فيها مرة اخرى امام محكمة الاستئناف او محكمة النقض والابرام ولو لم ينص المقنن اذا لم تكن جريمة في نظره او كان عقابه عليها اخف من المنصوص عليه بالقديم اما التي حكم فيها نهائياً فلا يسري عليها لما يترتب على ذلك من الاضرار بالحقوق المكتسبه في حال تشديده وانما جاز ذلك السريان لاسباب (الاول) الشفقة والرافة (والثاني) العدالة كما اذا اريد الحكم في يوم واحد على اثنين اقترف احدهما جريمته ايام سريان قانون العقوبات القديم والآخر ارتكبها عينها في عهد الحديث (والثالث) ليس القانون في الحقيقة الا ارادة الهيئة الاجتماعيه او نائبها المعلنة والمنشورة على حسب الاوضاع النظامية لكل بلد فلما خففت العقاب مع امكان تشديده دلنا ذلك على ان ما رأته اخيراً مطابق للعدالة ولصالح الهيئة الاجتماعية اكثر من سواه فهو الجدير بالاتباع وقد يصعب في بعض الصور الحكم باخف القانونين عقوبة كما اذا عاقب القانونان بعقوبة واحدة كالاشغال الشاقة مثلا واختلفت عقوبة احدهما عن الآخر بالحد الاكبر والاصغر فكان الأول خمس عشرة سنة والثاني خمس سنين في القديم وكان الاكبر اربع عشرة والاصغر ست سنين في الحديث ففي هذه الصورة ينظر الى الحد الاكبر فان كان اقل اتبع قانونه والا فلا لان الواضع اذا جعل اقصى العقوبة اشد علم ان الجريمة تستدعي شيئاً من العقاب يزيد عن الحد النهائي المقرر في القانون الآخر فيكون هذا الاخير اخف بالطبع اذ لا عبرة بالحد الاصغر مهما كان وقد ذهب البعض الى تطبيق الاخف من القانونين كليهما لكن هذا الرأي يحملنا على القول

بان الشخص يعاقب بقانون مغاير للقديم والحديث ولا قائل به وكما اذا كان بأحد القانونين نصوص في صالح الجاني وليست في الآخر بأن صرح الحديث بقبول الأسباب المخففة للعقوبة ولم ينص عليها القديم وكان العقاب في هذا الأخير غرامة وفي الأول حبساً فيجب على القاضي ان يطبق في هذه الحالة القانون القديم مع قبوله ما يخفف العقوبة بمقتضى الحديث ولا يقال في هذه الصورة ان العقوبة اخذت من قانونين فكأنها من ثالث كما تقدم لانها لم تؤخذ الأ من قانون واحد مع اضافة شيء عليها غير العقوبة نفسها من القانون الآخر

بقي النظر في انه هل يسري القانون الحديث المخفف للعقاب على من لم تنفذ عليهم الاحكام النهائية أولا الجواب انه يجب على المقنن ذكر هذا السريان في القانون الحديث وعلى الحاكم اذا لم يفعل ذلك الواضع ان يعفو عن المحكوم عليهم نهائياً او يخفف عليهم عقوبتهم قبل اعلان القانون الحديث ونشره لان العدالة تقتضي بان ذلك القانون يسري عليهم ولو لم يوجد نص بذلك اذ العقل لا يحكم بتنفيذ عقوبة رأت الهيئة الاجتماعية بقانونها الحديث انها تجاوزت حد العدالة والمنفعة العامة واذا لم يحصل نص بالحديث على السريان ولم يعف الحاكم وجب على النيابة تنفيذ الحكم النهائي ولو كان عقابه اشد من المذكور بالحديث

ويبقى النظر ايضاً في انه هل ينطبق الحديث اذا غير طريقة التنفيذ على الجرائم التي ارتكبت قبل وجوب العمل به مع انه لم يحكم فيها ابتدائياً او نهائياً الا بعد وجوده الجواب انه لا يخلو اما ان يغير طريقة التنفيذ وحدها واما ان يغيرها مع العقوبة فان غير طريقة التنفيذ وحدها وجب اتباعها وان غيرها مع العقوبة اعطيت حكمها فان اتبعت لكونها اخف اتبعت طريقة التنفيذ والا فلا

واما سريانه بالنسبة لتغيير تشكيل المحاكم وترتيبها واختصاصها وغير ذلك

من الاجراآت فالأصل فيه ان الحديث اذا غيرها يسري دون القديم لانه لا يقال ان للمتهم حقاً مكتسباً يطلب به اتباع الاجراآت التي كانت سارية وقت ارتكابه الفعلة لان حقه ينحصر في الدفاع عن نفسه باثبات براءته والقانون هو الذي يعين له المحكمة الواجب عليه ان يدافع عن نفسه امامها والاجراآت التي تتبع لذلك بحيث اننا لو نازعنا سلطة الهيئة الاجتماعية وحرمناها من حق تعديل تشكيل المحاكم والاجراآت لكان ذلك مانعاً للحاكم عن التصرف فيما له من الحقوق ويتبع هذا الاصل اذا ألغيت المحاكم القديمة من غير خلاف واما اذا بقيت ففي تطبيقه خلاف فمنهم من ذهب اليه قائلاً بان الدعاوي التي لم تحكم فيها المحاكم القديمة مطلقا او رفعت اليها ولم تبت فيها حكما نهائياً يكون النظر او الاستمرار فيها للمحاكم الجديدة كما ذكر بمادة (١٣) من لائحة الاحكام الوقتية فراجعها ومنهم من ذهب الى ان المحاكم القديمة مختصة بالنظر فيما رفع اليها لان القضاة الطبيعيين للمتهم هم الذين يقضون بين الناس وقت ارتكاب الجريمة فلا يجوز تخويل الحكم لسواهم كما هو فحوى الاستثناء المذكور بالمادة الاولى من اللائحة الوقتية المؤرخة ٢٧ يناير سنة ١٨٨٤ فراجعها ومنهم من ذهب الى سريان القانون الجديد على القضايا التي حدثت والتي ستحدث فيجب ان يتبع في الجرائم التي رفعت فيها الدعوى امام المحاكم القديمة الا اذا صدر حكم ابتدائي فيها وهذا الاستثناء لا بد منه لانه لولا ذلك للحق الضرر بالحقوق المكتسبة مثال ذلك حكم على شخص بالبراءة امام محكمة ابتدائية فأرجاعه الى غيرها يحرمه مؤقتا من حق دفاعه عن نفسه امام محكمة الاستئناف فلو لزم بذلك الرجوع لترتب عليه اعادة ما انقضى وهو اضرار بالحقوق المكتسبة

واما سريانه بالنسبة لتغيير مدة سقوط العقوبة بمضي المدة او الحق في

اقامة الدعوى العمومية كذلك ففيه خلاف فنهم من ذهب الى اتباع القانون الجديد خاصة في ذلك ولو على الحوادث التي ارتكبت قبله او الاحكام الصادرة كذلك ولم تنفذ لانه اعتبر القانون الجديد المعدل لمدة سقوط العقوبة او سقوط الحق في اقامة الدعوى العموميه بمضى المدة من القوانين الاصلية لمشابهة السقوط المذكور بالعفو التام وغير التام نتيجة ولم يعتبر تدوين تلك النصوص بقانون تحقيق الجنايات للسبب السالف وهذا هو الذي عليه المعول لان السقوط اساسه منفعة الهيئة الاجتماعية فيعتبر ذلك القانون المعدل للقديم موافقا اكثر من سواه لتلك المنفعة وهذا الرأي لا يضر بحق مكتسب لان المتهم لاحق مكتسبا له مطلقاً لان خلاصه لغاية ايجاب العمل بالجديد من اقامة الدعوى العمومية عليه او من تنفيذ الحكم عليه لا يكسبه الحق في الخلاص دائماً ومنهم من ذهب الى تطبيق القانون المعاصر لارتكاب الجريمة او للحكم عليها لان مرتكب الجريمة او المحكوم عليه وقت وجوب العمل بقانون تعلق حقه به فيجب احترامه وورد عليه بوجهين (الاول) بعدم جواز القول بذلك فيما يتعلق بالمواد الجنائية لان مسئلة السقوط تتعلق بالنظام العام فلا تلاحظ فيها حقوق شخص اذ لا يجوز لأحد اعادة تذكار جريمة او حكم يريد ان يصيرهما الواضع نسياً بقانون جديد (والثاني) اذا كانت مدة سقوط الحق في اقامة الدعوى بالقديم اطول منها بالجديد فكانت في القديم عشر سنين وفي الجديد خمساً فارتكبت جريمة في عهد القديم فظهر الجديد بعد سنتين من ارتكاب الجريمة فلو اتبعنا القديم لكان للنيابة ان تقيم الدعوى على تلك الجريمة حين لا يمكنها ذلك في جناية ارتكبت بعد الاولى بسنتين ونصف اعني في عهد الجديد وهذا لا يقول به احد ومنهم من ذهب الى تطبيق القانونين وحساب الزمن الذي مضى في عهد القانون الاول وعهد الثاني

واجراء عملية تناسب بينهما تكون نتيجتها حل المسئلة اما بسقوط الحق في اقامة الدعوى او سقوط العقوبة واما بعدمه فلو فرضنا مثلا ان المدة المبينة بالقانون القديم عشر سنين و بالجديد سبع وارتكبت فعلة مضى عليها في عهد القديم خمس وفي عهد الجديد ثلاث ونصف فيجب علينا ان نعمل قاعدة التناسب هذه حتى تظهر النتيجة ١٠ : ٥ :: ٧ : ٥ ر ٣ فظهر لنا من ذلك انه مضى من المدة نصفها على حسب القانونين القديم والجديد وعلى هذا فللنيابة ان تقيم الدعوى العمومية حيث ان حقها في اقامتها لم يسقط وما تقدم انما هو في سريانه بالنسبة للزمان واما سريانه بالنسبة للمكان والشخص فقد ذهبوا فيه الى ثلاثة مذاهب (الاول) ينبغي ان يكون قانون العقوبات محليا بان يسري على القاطنين بالمملكة التي جرى فيها العمل بمقتضاه مهما كانت جنسيتهم لا على الخارجين عنها (والثاني) يجب ان يكون ذلك القانون شخصيا فينطبق على الاهالي اياما كان محل ارتكاب الجريمة ولا ينطبق على غيرهم ولو في نفس المملكة (والثالث) ينبغى ان يكون محليا وشخصيا بان ينطبق على القاطن بالمملكة وطنيا كان او اجنبيا وعلى من يرتكب جريمة من افراد الامة في بلدة اجنبية هذا . ولم يذهب الى الثاني قانون اجنبي حيث تقررت في جميع القوانين الاجنبية قاعدة (سلطة الحاكم لها معاقبة مرتكب الجريمة في المملكة وطنيا كان اولا بقانونها) لان بعثة الحكومة انما هي سد الخلل ومنع تفشي الفشل ولا يتسنى لها تأدية ذلك الا اذا كانت قادرة على معاقبة كل محدث له وطنيا او اجنبياً لكن ذهب (هوك) احد قضاة العصر بفرنسا الى انه اذا لم يكن في وسع حكومة القيام باداء ما وجب عليها فلا بأس من ان تطلب من الامم المجاورة لها مساعدتها في قطع عرق الفساد والعقاب على الجرائم لان كل حكومة نائبة عن النوع الانساني فيجوز لها ان تتساعد

بغيرها من الحكومات غير ان مذهب القوانين الاجنبية هو المختار لانه اذا جنى اجنبي ولم يحاكم امام المحاكم الاهلية لم يحصل عند الاهالي يقين بعقابه عند المحاكم الاخرى لجهلهم بقوانينها فييسون و يصبحون في اضطراب ولا نصير لهم ولا معين فيصبح الوطني مجنيا عليه يريد الاخذ بناصره ولا يقدم على الشكوى لعلمه بالنتيجة قبل حصولها هذا من جهة ومن اخرى قد يحصل بعض التساهل في عقابه وهو داع الى عدم زجر الاجانب ومضيع لاحساسات الشهامة والشجاعة عند الاهالي

وجاء بمادة (١٠) من القانون المدني المختلط ان قوانين الضبط والامن العمومي المندرجة فيها قوانين العقوبات واللوائح الادارية كلائحة التنظيم وغيرها تسري على المقيمين بمصر من وطنيين واجانب وجاءت به في سريانها على الاجانب مواد ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة فراجعها فيظهر من ذلك ومما تدون بالفقرة الاولى من مادة (١٥) من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية ان قانون العقوبات الاهلي لا تسري احكامه الا على الاهالي فقط وان قانون العقوبات المختلط تسري احكامه على الاجانب بالنسبة للمخالفات ولا تسري عليهم فيما يتعلق بالجنح والجنايات الا في احوال مخصوصة روعي فيها اتباع هذا القانون كي يتيسر للمحاكم المختلطة الاستقلال بعقاب من يتعدى على موظفيها اثناء تأديتهم وظائفهم من قضاة واعضاء نيابة وكتبة ومحضرين اقول و يتلخص من المعاهدات الدولية ان العرف فيها محكم فان قضى باختصاص المحاكم الاهلية فيها اختصت بها كما هو حاصل بالدولة العلية والا فتنظر فيها القنصليات ومنشأ اختصاصها بمصر هو نص مادتي ٥٢ و ٥٥ من لائحة البوليس السعيدية

ويبطل العمل بقانون العقوبات بانقضاء اجله او نسخه بقانون آخر لا بالترك لما اسلفنا في الجزء العام ولانه لما كان القانون لا يوضع بالعرف فلم يجز نسخه به

ولنتكلم على شيء يسير من مسئلة تسليم المذنب الى حكومته فنقول الاصل انعدام سلطة الحكومة عند حدود المملكة لكن نشأ عن مساعدة الدول لبعضها امران مخالفان لهذا الاصل وهما انتداب محكمة لاخرى وتسليم المذنب لحكومته ومنشأ هذا الاخير المعاهدات الدولية والعادات العرفية وسببه انه لو لم يتقرر وكانت حماية الجانين حقاً للمالك لأصبحت جميع البلاد ملجأ لهم وفي هذا من الفساد ما لا يخفى وان الاحكام الجنائية الصادرة في مصر مثلا لا يجوز ان تنفذ على مصرى ذهب الى فرنسا ما دام فيها بل لا بد لمعاقبته من طلب تسليمه الى مصر اذا كانت هناك معاهدات تقضي بالتسليم والا نظر الى درجة القضاء بالبلدة الطالبة أن يسلم اليها فاذا كانت بالغة اوج التقدم جاز التسليم والا فلا. وذلك بخلاف الاحكام المدنية والتجارية الصادرة من مصر فانه يتبع فيها ما تقرر فى مادة (٤٠٧) من قانون المرافعات الاهلي اعنى جواز تنفيذها بالبلاد الاجنبية لو كانت مصر تعهدت بتنفيذ احكامها لديها و بالعكس

وتراعي في التسليم الشروط المقررة في المعاهدات الدولية كنص مادة (١) من معاهدة مشيخة (فينيسيه) عام ألف وربعمائة اربعة وخمسين انه (لا يجوز لنا أن نقبل في اراضي مملكتنا مجرمى امارة (فينيسيه) واذا أتانا منهم احد فينبغي تسليمه اليها وكذلك هي تتعهد بالامر ذاته) ويؤخذ من المعاهدات الدولية ثلاثة استثناآت لقاعدة التسليم (الاول) اذا هرب العبد من بلدة سيده رغبة منه في رجوعه الى الحرية او الخلاص من المسؤلية الجنائية فلا يمكن تسليمه اليها لان الانسانية توجب علينا حمايته (والثاني) من كان تابعاً

للبلدة الملتجىء هو اليها لا يجوز تسليمه للتي ارتكب فيها الجريمة وذلك لعدم الثقة بعدالة الاجانب لكن اذا كان هناك معاهدات بين الدولتين تقضي بالتسليم وجب السير على مقتضاها لان في ابرامها احترام محاكم البلاد المتعاهدة وليس اساس هذا الاستثناء انعدل لان القاضي الطبيعي للمتهم هو قاضي محل ارتكاب الجريمة لا قاضي البلدة التي التجأ اليها لان الاول يسهل عليه جمع الادلة المحسوسة وغير المحسوسة لانه في محل الجناية فضلا عن سوء النتائج اذا غير الجاني جنسيته لانها تقضي بحمايته ولو كان تغييرها بقصد الهروب من التسليم خصوصاً قد اعتبر القانون الالماني الجنسية الحديثة هذا ـ وقد ذكر بالمعاهدات الدولية لا سيما الاتفاق الذي حصل بين فرنسا وانكلترا في ١٤ اغسطس سنة ١٨٧٩ بالمادة الثانية منه انه يسلم الجاني بدون اهتمام بامر جنسيته وهذا هو الصحيح لما فيه من عدم الاهتمام بالجنسية التي يكتسبها الجاني بعد ارتكابه الفعلة بقصد الهروب من نتائج تسليمه الى البلدة التي ارتكبت فيها الجريمة (والثالث) لا يجوز ان تسلم الحكومة المسؤلين امام قوانينها ومحاكمها لانه ما دام في امكانها معاقبة من تطالب بتسليمه فلا يجب عليها ذلك حيث كان الغرض من مبدأ التسليم انما هو منع عدم عقابه و يتلخص من المعاهدات الدولية أن التسليم يحصل فى الجنايات والجنح المهمة فقط وانه لا يحصل في الجرائم السياسية و بعض الجرائم العسكرية كعدم الانقياد والهروب وانه لا يعاقب المسلم الا على ما سلم لاجله ان لم تصرح المعاهدة بمعاقبته على غير ذلك من الجرائم وانه اذا غيرت المرافعة صفة الجريمة المطلوب لاجلها كانت الدعوى المقامة عليه مع ذلك صحيحة لان الذي يعتبر فيها انما هو الاتهام

الفصل السادس

(الركن المادي)

اعلم انه يوجد قبل كل جريمة الفكر ثم التصميم وهما باطنيان ثم الشروع الموقف بالارادة او بالقهر ثم الشروع الذي خاب صاحبه فيه ثم الارتكاب التام للجريمة فاما الفكر فهو قوة نفسية ليس في امكاننا مقاومتها واما التصميم فهو التفكر في الجريمة مع شدة الرغبة في اقترافها وهما ما داما مجهولين لدى المجتمع (و يعتبران كذلك اذا لم يقع في الخارج بعدهما ما يعد جريمة من شروع او اقتراف تام) لا يعاقب عليهما وان اعترف او صرح بهما للغير مشافهة او كتابة لان موضوع القانون علاقات الناس بعضهم مع بعض ولا يتكدر صفوها الا بالاعمال الخارجية ولكن لا يخفى ان التصميم على ارتكاب الجريمة يوجب بعض الاضطراب في المجتمع ومعلوم ان رجال البوليس الادار يين هم المكلفون بمنع وقوع الجرائم فمن علم بتصميم احد على الجناية عليه ان يخبرهم فيفعلون المصلحة بدفع ذلك عنه

وقال (بنتام) في هذا الصدد ما ملخصه للجناية قبل وقوعها ادوار تتقلب فيها الى ان يتم وقوعها وكثيراً ما يكون من السهل منعها قبل ان يتفاقم الضرر او يتم وهو عمل من اعمال الشرطة يمكن القيام به بتخويل السلطة الكافية فيه لجميع الافراد او لبعض اصحاب الوظائف في الدولة للتعرض بالقوة لوقوع جناية ظهرت مباديها وضبط من تقع عليه الشبهة والتحفظ عليه واحضاره امام القضاة والاستعانة بالقوة العمومية ويمكن للمقنن ان يلزم جميع افراد الامة باداء هذه الخدمة وجعلها من اهم واجبات الهيئة الاجتماعية ومن المستحسن ان نقرر مكافأة لكل من منع وقوع جناية او ساعد على احضار المتهم امام القضاء

هذا بالنسبة للافراد وهناك وسائل أخرى لا ينبغي تخويلها لغير الحاكمين

وهي تساعد كثيراً على منع وقوع الجرائم (فأولا) الايقاظ وهو تنبيه يصدر من الحاكم للمشتبه في امره ليعلم ان العيون ناظرة اليه فيرغب في واجبه احتراماً للسلطة التي تنبهه اليه « ثانياً » التحذير وهو الايقاظ مشدداً باستلفات الذهن الى العقاب فالايقاظ كأنه يصدر من والد شفوق بولده والتحذير يصدر عن الحاكم المهيب (ثالثاً) اخذ التعهد من المشتبه فيه ان لا يوجد بمكان كذا وكذا « رابعاً » التقييد الخاص وهو منع المظنون به عن الحضور مع خصمه او في جهة منزله او في مكان آخر يظن وقوع الجناية فيه (خامسا) الضمان وهو احضار كفيل ليقوم بدفع مبلغ مخصوص ان خالف المضمون ما تعهد به من حيث البعد عن مكان كذا ومكان كذا (سادساً) ترتيب الحرس لحفظ الاشخاص او الاشياء التي يخشى عليها (سابعاً) ضبط الاسلحة او ما شاكلها مما له دخل في ارتكاب الجريمة التي يراد منع وقوعها

وهذه هي الوسائل العمومية التي تصدق على جميع الجرائم وهناك وسائل اخرى تختص ببعضها دون البعض الآخر كضبط الاوراق قبل نشرها لمنع جريمة القذف اه

وعدم العقاب على التصميم مبدأ قانوني عام لا استثناء فيه ومنهم من قال يستثني منه امران التهديد (وهو عند هذا القائل من التصميم والتصميم المصرح به بالمادة (٨٠) من قانون العقوبات الاهلي) واقول هذان ليسا من التصميم فالعقاب عليهما هو من جهة انهما يحدثان اضطرابا بالمجتمع يكون في الغالب اكثر من الذي يحصل من التصميم المخاطب به مشافهة او بالكتابة على سبيل الحكاية لا على سبيل التهديد وقع في الخارج ما اشتمل عليه اولا

وقال علماء الشريعة في هذا الموضوع ان المراتب خمس (هاجس) وهو

فكر لا يمكث في النفس (وخاطر) وهو ما زاد عنه (وحديث النفس) وهو ما تردد فيها (وهم) وهو ماتهم به (وعزم) وهو التصميم على الفعل البتة وهذا الاخير معاقب عليه في الآخرة بخلاف البقية فلا تكليف فيها فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم (ان الله تجاوز عن امتي ما حدثوا به انفسهم ما لم يعملوا او يتكلموا به) وقال الشاعر

مراتب القصد خمس (هاجس) ذكروا (وخاطر) (وحديث النفس) فاستمعا
يليه (هم) (فعزم) كلها رفعت سوى الأخير ففيه الأخذ قد وقعا

ولم يبين القانون الفرق بين التأهب والبدء في العمل المذكور بالمادة السالفة وبيانه أن الاول لا يدل بالتحقيق على مقصد الجاني بخلاف الثاني لارتباطه كل الارتباط بالجريمة وسبب عدم المعاقبة على الأول انه لا يعين قصد الجاني ولا يضر بالمجتمع وبعض التأهب يعاقب عليه القانون لاضراره بالمجتمع وعده من الجرائم انفسها كحمل الاسلحة الممنوع حملها قانونا كما نصت مادة (٢١) من لائحة المتشردين الصادرة في ١٣ يوليه سنة ١٨٩١ وكعمل المفاتيح المصطنعة المنصوص عليها بمادة (٢٩٨) من قانون العقوبات الاهلي وكالتأهب من المتحزبين لانه لو انتظر شروعهم وكان قصدهم اسقاط الحكومة لما امكن العقاب على هذا الشروع ولنشرح المادة الثامنة من قانون العقوبات الاهلي فنقول

(قوله البدء في العمل) ينقسم البدء في العمل الى قسمين ما يتعلق بالجريمة نفسها وما يرتبط بظروفها و يتحقق قصد الجاني في القسم الاول دون الثاني فينبغي اذن تقريبه من قصد الجاني الواجب على القضاة البحث عنه اذ البدء في العمل عبارة عن الشروع فيه بلا تنفيذ له فهو أي البدء مرتبة بين التأهب وتمام التنفيذ كما في هذه الامثلة (الأول) دخل شخص بواسطة التسلق أو الكسر في

منزل فقبض عليه قبل أن يحدث أمراً فعلى القاضي أن يثبت اولاً ان قصده السرقة فاذا ثبت لديه ذلك وجب عليه ان يعتبر التسلق او الكسر بدأً في تنفيذ السرقة اعني شروعاً (والثاني) اشترى من اجزاجي مواد سمية بقصد اعطائها لآخر واستأجر خادماً تعهد له باعطائها الا ان ضمير هذا الاجير حمله على اخبار جهة الاختصاص بذلك فهل يعد ما تقدم بدأً في تنفيذ جريمة اعطاء السم كلا لان كل ما سلف تاهب اما لو القى الخادم السم في الطعام ووضع بين يدي الشخص كان هذا شروعاً (والثالث) اراد قتل آخر فتربص له فلما مر المنتظر تشن عليه لكن منعه اجنبي من اطلاق العيار باخذه سلاحه فالتربص تأهب وما بعده شروع في العمل (والرابع) اشترى مواد التهابية واشعلها او وضعها بالقرب من تنور وتركها بحيث ينشأ الحريق بالطبع بواسطة من يشعل التنور فأشعالها بنفسه بدء في العمل منه وبغيره بدء منه ايضاً .

والمحكمة النقض والابرام ان لا تعتبر بدأً في العمل ما رآه كذلك سواها من المحاكم اذا لم تر له وجها لانه لو لم يصرح لها بذلك لانتهكت حرمة القانون وعوقب على التأهب مع ان القانون لا يعاقب الا على البدء في العمل قوله (بقصد) فان لم يتحقق القصد في الجناية او الجنحة كما اذا ارتكب الشروع فيهما باكراه الغير او بلا قصد الشروع فيهما بل بقصد الشروع في فعل مباح كمن اراد صيدا فأطلق عيارا فوقع الضرب بعيدا عنه وقريباً من انسان لولا تباعده عنه لأصابه فلا يعد ذلك شروعا قوله (فعل الجناية او الجنحة) اي لا فعل المخالفة فلا شروع فيها قوله (اذا أوقف) كما لو أعطى سما لآخر وحضر الاجزاجي الذي باعه ومنعه عن شربه فان رجع بنفسه لخوف او شفقة او غيرهما فلا يعد شارعا ولا يعاقب لان أساس العقاب منفعة المجتمع والعدالة والأنفع للاول والموافق للثانية انها لا تعاقب

وذلك لانها ان عاقبت على ذلك ربما دعت معاقبتها الشارع الى عدم الرجوع بارادته ولا يخفى ما في ذلك من الضرر العام ومخالفة العدالة وهذا اذا كان الرجوع قبل البدء في الجنحة او الجناية المشروع فيهما اما اذا كان بعد البدء وقبل اتمام احداها فلا يعاقب بصفة انه شارع في احداها ولكن بعقاب ما حصل قبل رجوعه كما اذا امتنع عن القتل بعد صدور اول ضربة منه فانها ان عطلت عضوا لا يعاقب فاعلها بصفة كونه شارعا في الجناية ولكن بصفته جانيا جناية مستقلة كما ذكر بمادة (٢١٨) من قانون العقوبات الأهلي والا تعطل فيعاقب بعقاب جنحة كما ذكر بمادة (٢١٩) منه وكذلك لو شرع في جنحة فرجع بعد ان نشأت جنحة اخرى او جناية فانه يعاقب بعقاب الجنحة الاخرى او الجناية لا بصفته شارعا في الجنحة الاولى قوله (او خاب) كما لو شرب سما وتعاطى بعده دواء منع من تأثيره بالمرة لكن المادة (٢١١) من قانون العقوبات اعتبرت هذه الحالة جريمة تامة بصفة استثنائية لأهمية حادثة شرب السم وعدم نجاح الدواء فيها في الغالب وهناك قسم من الشروع الذي خاب صاحبه فيه يسمى جريمة مستحيلة وهي التي يستحيل وقوعها كمن تعاطت دواء لاسقاطها ظانة انها حبلى ولم تكن كذلك وتنقسم الى مستحيلة لأجل الموضوع ومستحيلة لاجل الوسائل وهي بقسميها اما مطلقة عن التقييد بالشخص أو مقيدة به فالمستحيلة لاجل الموضوع المطلقة ما كان موضوعها معدوما أو لم تكن فيه الصفة الضرورية لوجود الجريمة كما لو أعطيت المواد المسقطة للحمل لمن لم تكن حاملا وكاطلاق العيار لقتل ميت وسرقة اللص مال نفسه لان الاسقاط لا يكون بلا حمل والقتل اذاقة الحي الموت والسرقة اختلاس منقول الغير وعلى هذا فالاحوال التي يطلب فيها القانون وجود حالة معينة ونتيجة ظاهرة لتمام ارتكاب الجريمة لا يكون فيها شروع اذا كانت هناك استحالة مطلقة للحصول

على تلك النتيجة اي عدم وجود موضوع الجريمة والمستحيلة المقيدة ما كان موضوعها في غير الجهة التي كان يظن الجاني انه فيها كمن اطلق عيارا في اودة على على من ظنه موجودا بها ليقتله فكان غائبا بالصدفة وكمن اراد السرقة من صندوق وكان بالصدفة فارغا والمستحيلة لاجل الوسائل المطلقة كما لو قصد القتل فأخذ بندقية عمرها من قبل فنشن على من يريد قتله ثم جذب اليه التتك (الجزء الاسفل للزناد) فانطلقت ولكنها فرغت بدون علمه وكمن اراد اعطاء السم فأعطى مواد كان يظنها سامة ولم تكن كذلك والمقيدة اذا كان من شأن الوسائل ان تنتج الجريمة ولكنها لم تتم باحوال خارجية كما لو اراد ان يقتل فعمر بندقية ونشن واطلقها ولكن لم يخرج منها شيء او لم يلتهب الرش او خرج الرصاص وكان بعيدا عن مكان القتل او كان الجاني لا يعرف ضرب النار او استعمال الاسلحة القابض هو عليها

واعلم ان كل مستحيلة مطلقة لاعقاب عليها لخروجها عن نوعي الشروع وان كل مستحيلة مقيدة معاقب عليها لكونها شروعا خاب صاحبه فيه

وهناك جرائم لا يكون فيها على مقتضى تعريفها القانوني شروع خاب صاحبه وهي التي يتم ارتكابها بفعلها ولو لم تتحقق نتائجها التي ينتظر حصولها كتزييف الدراهم فانه جناية ولو لم يتحصل المزيف على المزايا التي كان ينتظرها اي صرف الدراهم كما هو مذكور بمادتي ١٧٩ و ١٨٠ من قانون العقوبات الأهلي وكأعطاء السم فان الجريمة تتم فيه بمجرد شربه ولو لم يحصل الموت المنتظر بخلاف الجرائم التي يطلب القانون فيها لتمام ارتكابها حصول الجاني على النتيجة التي كان ينتظرها كالقتل واسقاط الحوامل كما ذكر بمواد ٢٠٨ و ٢٣٩ و ٢٤٠ و ٢٤١ من قانون العقوبات الاهلي فان فيها الشروع الموقف والذي خاب صاحبه

فيه هذا

فاذا تمت الجريمة فكل ما يستعمله الجاني لتقويم اعوجاج الضرر الحاصل ومحو أثره على قدر طاقته لا يمنع من اعتبارها تامة وتوقيع العقاب عليه لكن قد يكون ذلك سبباً مخففاً بخلاف رجوعه عن الارتكاب قبله بارادته فانه لاعقاب عليه فاذا عزم السارق على رد المسروق بارادته تتم السرقة كما ذكر بمادة (٢٨٥) من قانون العقوبات الاهلي واذا شرب المجنى عليه السم تمت الجريمة ولو اعطى الجاني له دواء كما ذكر بمادة (٢١١) من قانون العقوبات الاهلي

(تنبيه مهم) كل شروع في جناية يجب على المقنن ان ينص في قانونه على العقاب عليه اما الشروع في الجنحة فمنه ما يعاقب عليه ومنه مالا يعاقب عليه ولذلك اشترط النص الصريح في العقاب عليه وحكمة عدم العقاب على الشروع في المخالفة ان العقاب على الشروع في الجرائم يقتضي ان تكون مضرة ضررا عظيما بالمجتمع وليست كذلك المخالفات فكيف الشروع فيها وقد جعل واضع قانوننا العقاب على الشروع الموقف والذي خاب صاحبه فيه واحدا مع اننا لو نظرنا اليهما من جهة المرتكب نرى بينهما بونا كبيراً فان الذي اوقف عن العمل لم يصل الى منتهى الجريمة كالذي خاب لانه اتى بما في وسعه لتحقيق الارتكاب فحالت بينه و بين غايته المقصودة وضالته المنشودة اسباب خارجة عن ارادته ولا يعاقب على الشروع في اسقاط الحمل بنص مادة ٢٤٢ من قانون العقوبات الاهلي ولا في شهادة الزور بنص مادة ٢٧٢ منه لانه يقبل رجوع من شهد زورا في اول المناقشة حتى يقفل باب المرافعات بحيث لا تتم جريمة الزور الا وقتئذ ولا يخفى على ذوي الألباب ما في ذلك من الحث على الرجوع الى الحقيقة ولو بعد صدور سواها فان الراجع اليها كمن قالها لاول وهلة لافرق بينهما الا زيادة الفضل لمن رجع بعد ان تسلطت

عليه الاهواء وقويت عليه احكام النفس الامارة بالسوء وجمع سلطان هواه الى ما ترضاه الحكمة وتهواه ولم يروا فى شهادة الزور شروعا لان الشاهد على رأيهم اما ان يكون اتى في شهادته بزور او لم يات وفي الحالتين يستحيل ادراك الشروع اذا تقيد العقل بتعريفه القانوني وهو (البدء في العمل الخ) فقبل البدء يكون القصد الغير المعاقب عليه و بعده يكون الزور لا البدء فيه فانه متى بدئ في الزور تحققت جريمته وهذا هو وجه الاستحالة الباعث على عدم المعاقبة عليه

الفصل السابع
في الركن الأدبي

تقدم أن من عوارض الجريمة العامة اسنادها بانواعها الثلاثة وهي الجنايات والجنح والمخالفات الى عاقل مختار وهذا الاسناد امر غير متفاوت بخلاف ما ينشأ عنه وهو التعدي والمسؤلية فقد تختلف درجاتها والمراد بالعاقل المميز العارف بان في ارتكاب الجريمة انتهاكا لحرمة القانون والمراد بالمختار غير المكره وتارة يعاقب القانون على عدم التبصر والتحرز ولو مع عدم القصد وذلك في جريمة القتل والجرح كما ذكر بمادتي ٢١٦ و ٢٢١ من قانون العقوبات الاهلي وتارة لا يعاقب الا مع القصد وهو فيما عدا ذلك ولتوقف المسؤلية الجنائية على الاقتراف بتمييز واختيار جعلوا للاحوال التي تمنع منهما او من احدهما كالسن والجنون والاكراه وعدم القصد تأثيرا على تلك المسؤلية وحيث كان التمييز والاختيار متفاوتين كانت المسؤلية والعقاب متفاوتين ولنتكلم على تلك الاحوال الاربعة التي تؤثر على المسؤلية فنقول

(السن) قسم مقننا حياة الانسان بالنظر لمسؤليته الجنائية الى ثلاثة ازمان ففي الاول قال بالمادة (٥٦) من قانون العقوبات الاهلي (لا تقام

دعوى على متهم اذا كان سنه أقل من سبع سنين) وهو حكم يدور مع الغالب فانه في هذا العهد يكون غالباً طفلا لم يصل حقيقة لدرجة التمييز وعلى النيابة التحري في رفع الدعاوي حتي لا تخالف هذه المادة برفعها دعوى على من لم يبلغ السابعة من عمره اما في الثاني وهو من سبع سنين الى خمس عشرة سنه فجعل تمييزه مشكوكا فيه وعلى المحاكم اثباته فاذا ثبت عومل الجاني بمقتضى مواد ٥٩ و ٦٠ و ٦١ و ٦٢ من قانون العقوبات الاهلي واذا لم يثبت يسلم لاهله او لمن يقبل ان يتكفل به من ذوي الشرف والاعتبار او من محلات الزراعة او الصناعة او التعليم عمومية او خصوصية الى ان يبلغ سنه عشرين سنة كما هو نص مادة (٥٨) من قانون العقوبات الاهلي ووجه اخذه من بين اعضاء عائلته ان يجمل ادبه و يكمل تهذيبه فان الوسط له تاثير عظيم على المربي وذهب (جاروه) الى انه يجب على النيابة اثبات تمييز من هو في هذا الدور الثاني وان المحكمة تحكم بعد ذلك بما يتراءى لها سواء أكان بتمييزه فتعاقبه ام بعدم تمييزه فلا تعاقبه وتحكم بتسليمه لمن يجوز تسليمه اليهم قانوناً

و بناء على هذه القواعد يكون القاصر الذي لا يسأل مدنيا مسؤلا جنائياً لان المسائل المدنية بخلاف الجنائية يحتاج فيها الانسان الى تجربة وتدرب على الدخول في المعاملات مع الناس كما جاء في المادة (٤٩٦) من كتاب الاحوال الشخصية للمرحوم * قدري باشا * من انه لا تزول ولاية الولي او الوصي في المال بمجرد البلوغ بل بظهور الرشد وحسن التصرف

واما في الثالث وهو من خمس عشرة سنة الى ما فوق فالتمييز محقق وجوده الا اذا ثبت عدمه بأحوال عارضيه

و ينبغي لمحاكم الجنايات والجنح عند الحكم على من لم يبلغ خمس عشرة سنة

ان تفصل في مسئلة التمييز على وجه خاص وان لا تترك الحكم فيها لانه اذا ثبت انه جنى بغير تمييز تبرئ ساحته والا دعى ذلك الى قبول النقض والابرام في الحكم الخالي عنها لخطأ في تطبيق المواد القانونية السالفة هذا ـ وان لم يوجب ذلك القانون على محاكم المخالفات فالواجب ان تبحث في مسئلة التمييز ايضاً لان العقل يحكم بان الجرائم وان قلت اهميتها تستلزم المعاقبة عليها تمييزاً

وعلى المحاكم ان تبحث في وجوه ثبوت الجريمة قبل البحث في مسئلة التمييز لانها لو حكمت بان القاصر غير جان برأت ساحته براءة مطلقة بحيث لا تنظر بعد ذلك في تمييزه أو عدمه هذا ـ واذا رأت انه جنى وهو غير مميز برأت ساحته وهذه البراءة لها شبه بالعفو غير التام الذي لا يمحو الجريمة بحيث لو جنى المعفو عنه ثانيا وثالثا وهكذا لا عدت الجريمة الأولى المعفو عنها من سوابقه من جهة ثبوت الجريمة عليه وعدم مؤاخذته عليها ولها شبه بالبراءة المطلقة من جهة ان جريمته كالعدم فلا تعد من السوابق والأقوى هو الشبه الثاني لان فعله كفعل العجم فهو هدر

والمحكمة المختصة بالنظر في تهمة القاصر هي محكمة الجنح اذا لم يكن معه شريك بلغ من السن اكثر من خمس عشرة سنة أو كان معه وغاب ولم يدر مكانه او مات وذلك لاجل معافاة القاصر من هول المرافعات الجنائية والا بان كان معه شريك غير قاصر ولم يغب ولم يمت ولم يكن مجهولا اقيمت الدعوى عليه بمحكمة الجنايات بناء على قاعدة عدم جواز انقسام رفع الدعوى والحكم فيها

واعلم ان كبر السن لا يوجب براءة مطلقاً كحداثة السن وانما يوجب تخفيفاً في تنفيذ العقوبة لما حصل له من ضعف القوى العقلية والجسمانية معاً كما ذكر بمادة ٣٤ من قانون العقوبات الاهلي ويجب على المحكمة الالتفات الى ذكر هذا

التخفيف والايجاز لمحكمة النقض والابرام بمصر الغاء الحكم الاستئنافي الذي يبين التخفيف فيه طبقا لمادتي ٢٢٠ و ٢٢٢ من قانون العقوبات الأهلي واذا وجد شك في ان الجاني هل بلغ أكثر من خمس عشرة سنة اولا فعلى النيابة اثبات بلوغه لذلك بورقة الولادة او شهادة الشهود او قرائن الأحوال او غير ذلك لان من خصائصها اثبات اركان الجرائم التي منها السن و يجوز النظر في مسئلة السن امام المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف اما بواسطة رفع المتهم او النيابة لها او من تلقاء نفس المحكمة ولا يجوز رفعها من اول وهلة امام محكمة النقض والابرام لالغاء حكم استئنافي لم تتقرر فيه لانه يؤخذ من حكم محكمة الاستئناف بلوغ المتهم اكثر من الخامسة عشر من عمره ولان القانون يفرض على القضاة الاشتغال بها لو ظهر من المرافعة ادنى شك فيها ولكن اذا لم يستلفت احد او شيء انظار القضاة اليها وقت المرافعة ومعلوم ان القانون لم يأمر بتحقيق مسئلة السن اذا لم يكن هناك شك فلا يجوز بعدها ان يقال بان حرمته قد انتهكت وكذلك الحكم في العته والاكراه الآتي ذكرها

(العته) والمراد به الجنون المطبق الذي يذهب العقل كلية يعافي المتصف به وقت ارتكاب الجريمة جناية كانت او جنحة بنص القانون او مخالفة بالقياس عليهما فلا تحجزه الحاكم بل تخلي سبيله الا اذا كان جنونه مضرا بالمجتمع فانه ينبغي ارساله الى اسبتالية المجاذيب ولا تحكم عليه بالمصاريف بل تضاف لجانب الحكومة لان الاصل المتبع في ذلك ان المتسبب في المصاريف هو الذي يحكم عليه بها والمتسبب فيها هو النيابة القائمة مقام الحكومة واذا حجر عليه شرعا لذلك ثم اثبتت النيابة انه باشر الجريمة وهو ليس بمعتوه عوقب على ما اسند اليه ولمرض العقل مراتب يفوض الحكم فيها بتخفيف العقوبة الى القضاة وذكر بمادة (٦٤)

من قانون العقوبات الأهلي انه اذا طرأ على المتهم بالجناية او الجنحة بعد ارتكابها يؤجل الحكم عليه الى ان يحصل البرء منه وذلك لانه لا يجوز اتهام من لا قدرة له على الدفاع عن نفسه لعتهه ولا يمنع هذا من سماع شهادة الشهود والبحث عن الادلة فان جميع ذلك لا يوجب اتهام شخص معين اما اذا حصل العته بعد الحكم النهائي فاما ان يكون قد حكم بالقتل فلا يجوز شنق من لا يعقل او بالسجن او بالنفي او الاشغال الشاقة فلا يتنفذ عليه ايضاً كل ذلك بل يحبس باسبتالية المجاذيب حتى يزول ما به ولا تحسب له الايام التي قضاها بالاسبتالية من ايام العقوبة لعدم جواز معاقبة غير المميز واما ان يكون العقاب مالياً كالغرامة فيؤخذ من مال المعتوه ولو بعد الحجر عليه الا انه لا يسجن في الغرامة فان السجن عقوبة والمعتوه لا يدري لم عوقب وقد ينشأ عدم التمييز عن غير مرض عقلي كالصم والبكم والنوم والسكر وكل هذه لم يتكلم قانون العقوبات عليها بما يشفي غلة الباحث فوجب علينا ذكر احكامها هنا تتميماً للفائدة فنقول

(الصم والبكم) لا يزيلان التمييز بين الخير والشر فلا ينشأ عنهما عدم المسؤلية الجنائية لكن الغالب على المصابين بذلك نقصان القوة العاقلة فيجب على القاضي ان يبحث قبل العقاب عن كمال عقلهم او عدم كماله فيخفف عليهم العقاب في هذه الحالة

(التحرك نائما) يدل على تكدر زائد في المخ و ينقسم الى قسمين اختياري واضطراري فالاول ينشأ عنه عدم مسئولية صاحب الجريمة لعدم تمييزه لكن قد يعاقب على عدم التبصر والتحرز في الجرائم التي يعاقب فيها على ذلك كالجرح والقتل اذا كان يعرف حالته والمضار التي تنشأ عنها ولم ياخذ الاحتياطات اللازمة لمنعها والثاني ما يحصل بتنويم الغير وتخدير احساساته و ينشأ عنه ايضاً

عدم مسؤلية المنوم بالفتح عند جنايته بل تكون المسؤلية على المنوم بالكسر لانه الفاعل حقيقة والمنوم بالفتح كالآلة في تنفيذ ارادته وقيل انه شريك لعدم مباشرة الجناية بنفسه وهذه حالة يكون الجاني الأصلي فيها وهو المنوم بالفتح غير معاقب والشريك وهو المنوم بالكسر معاقبا

(السكر) كالعته حكما لفقد التمييز اذا سكر بارادته حتى غاب عقله بالمرة نعم يجوز ان يعاقب على السكر وحده كما جاء بالفقرة الخامسة من المادة (٣٥٠) هذا كله اذا لم يكن سكره بقصد الجناية والا عوقب على الجريمة وشدد عليه فيه ولا ينظر لعدم مقارنة قصد الجريمة للمباشرة والا حكمنا ببراءة من سكر ليجني وكان فتحاً لباب الفساد كما لا يخفى على ان مباشرة السكر ان للجناية تدل على ان عنده بعض الارادة وقال (جارو) ان السكر في هذه المسئلة وان كان موجباً للتشديد يضعف العقل فعلى القضاة ان ينظروا قبل الحكم على السكران في التشديد والتخفيف واقول ان هذا ليس صواباً لان قوله ينظر في التخفيف مسلم لو كان الضعف خلقيا بل الضعف اوجبه هو بسكره فلا يستحق رأفة بل يستحق عقوبتين عقوبة على الجناية وعقوبة على ذهاب عقله الذي يجب صونه عن ذلك

واعلم ان علماء الشريعة ذكروا في مضار الخمر وجوها احدها ان عقل الانسان اشرف صفاته والخمر عدو العقل وكل ما كان عدو الاشرف فهو اخس فيلزم ان يكون شرب الخمر اخس الامور وتقريره ان العقل انما سمي عقلا لانه يجري مجرى عقال الناقة فان الانسان اذا دعاه طبعه الى فعل قبيح كان عقله مانعاً له من الاقدام عليه فاذا شرب الخمر بقي الطبع الداعي الى فعل القبائح خالياً عن العقل المانع منها وثانيها ايقاع العداوة والبغضاء بين الناس بالشتم والفحش وثالثها ان هذه المعصية

من خواصها ان الانسان كلما كان اشتغاله بها اكثر ومواظبته عليها ثم كان الميل اليها اكثر وقوة النفس عليها اقوى بخلاف سائر المعاصي فاذا واظب الانسان عليها صار غرقاً في اللذات البدنية وبالجملة فالخمر يزيل العقل فاذا زال العقل حصلت القبائح باسرها اه ملخصاً من نذر يسير من كلام الرازي على الخمر

واعلم ان حد شرب الخمر ثمانون جلدة سواء اعربد ام لم يعربد وقال الشيخ الشعراني يحتمل ان يكون الحد ثمانين في حق من يسكر ويعربد و يؤذي الناس ومن قال بانه اربعون ففي حق من كان بالضد من ذلك اه بالمعنى

قال ابن عابدين والسكران كالصاحي فيما فيه حقوق العباد عقوبة له لانه ادخل الآفة على نفسه فاذا اقر بالقذف سكران جلس حتى يصحو فيجد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغي ان يقيد حده للسكر بما اذا شهدا عليه به والا فبمجرد سكره لا يحد لاقراره بالسكر وكذا يؤاخذ بالاقرار مع سكره بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها اه فتح ملخصاً وقوله عقوبة له الخ يدل على انه لو سكر مكرها او مضطرا لا يؤاخذ بحقوق العباد ايضاً

(الاكراه) هو الذي يبطل حرية المضطر البدنية او النفسية فالذي يبطل الحرية البدنية يسمى اكراها ماديا و يقتضي ان ما اقترفه المكره لا يعد جناية ولا جنحة بنص مادة (٦٥) من قانون العقوبات الاهلي ولا مخالفة بالقياس عليه كالذي دفع على شخص ليقتله او يوقعه اوالذي اعترضه فيضان نهر مثلا او حادث في السكك الحديدية فمنعه من الحضور امام المحاكم الجنائية لانه لا غرامة عليه كما ذكر بمادة (١٦٧) من قانون الجنايات تحقيق الاهلي وانما امتنع تكليفه بما اكره عليه لانه معدوم الاختيار ولا تكليف الا بالاختيار فهو كالآلة التي تحركها قوة

الصانع ـ والذي يمنع من الحرية النفسية يسمى اكراها ادبيا وفيه تفصيل فان كان المضطر لا يقدر على المقاومة وارتكب الجرم فلا عقاب عليه بنص المادة السالفة كمن هرول مخافة سقوط جدار فاوقع آخر فمات او جرح وان كان يقدر عليها وجني خفف عليه العقاب كمن تغيظ لداع قوي وفي كلتا الحالتين ينبغي للقاضي ان لا يحكم الا بعد النظر في سن ونوع وحالة المضطر وليس من الاكراه تاثير الشهوات على النفس لانها وان اوجبت تكدير صفو التمييز فهي لا توجب ابطال الحرية بنوعيها على ان كبح جماحها الضار بالغير موضوع قانون الجنايات وفي الشريعة الاسلامية الاكراه المادي يعنون عنه بالالجاء والشخص الذي وقع عليه ذلك يسمى ملجأ وعرفه علماء الاصول بانه الذي لا مندوحة له عما الجئ اليه كمن القي من شاهق جبل على شخص يقتله والصواب امتناع تكليفه لانه غير قادر ولا تكليف الا مع القدرة وقال المعتزلة بجواز تكليفه بحيث يأثم لانه يمكنه الامتثال بان يضع يده على صدره فيمتنع من السقوط على الغير وهو تكليف بما لا يطاق وقال سبحانه وتعالى (لا يكلف الله نفساً الا وسعها) فهو خطأ كما اشير بتعبيرنا بالصواب في القول الاول اما الاكراه الادبي فيسمى اكراها وحكمه انه اذا اكره على الكفر بالقتل فانه يجري كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كما قال الله تعالى (من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان) واذا اكره على ذلك بغير القتل فلا يرخص له في الاجراء المذكور والا كان آثما و يلزم الاستغفار والتوبة وان اكره على القتل بالقتل امتنع تكليفه وان صبر حتى قتل كان ماجورا وان فعل كان آثما بالاجماع لايثاره نفسه على الغير بخلاف ما اذا اكره على القتل بغيره فانه يكلف بالامتناع عن القتل فان قتل في هذه الحالة فتكون الدية عليه في ماله وسقط عنه القصاص لشبهة الاكراه

وان اكره على الزنا بالقتل فان امتنع كان ماجورا لما فيه من معنى القتل لان الولد الذي يأتي من الزنا يكون معدوم الاب ومعدوم الاب مقتول حكما لضياعه بعدم التربية و بعدم نسبته للآباء الموجب لكمال اهانته وان اتى بالزنا فلا اثم عليه لحفظ النفس وان اكره على اتلاف الاموال فالضامن هو المكره بالكسر وهذا يسير بالنسبة لما ذكر في الشريعة الغراء في باب الاكراه فمن اراد الاكثار من ذلك فليراجعه ثمت

(القصد) لغة ارادة الفعل مطلقاً وفي اصطلاح علماء القانون الجنائي ارادة ارتكاب الجرم مع العلم بانه مخالف للآداب ولا يشترط في العقوبة على الجرم القصد بل يعاقب الجاني ولو لم يقصد بالمعنى المذكور هنا كما اذا رمي صيدا أو شجرًا فصادف انسانًا فقتله ولا يخفى بأدنى فكر ان القصد غير الاسباب الداعية الى الجريمة كقتل المقتول خدمة له او انتقاماً او غيرة منه أوطمعاً في ماله والغالب ان القانون يعلق العقاب على ان تكون اسباب الاقتراف غير شرعية بنص فيه كالذي اودع بمادة (١١٩) من قانون العقوبات الاهلي او بغير نص كما في حالة ما اذا كان يشترط ذلك في الجرم لذاته راجع مادة (٢٠٨) منه

ولمرتكب الجرم احوال ثلاثة فتارة يعترف باقترافه اياه و ينكر قصده وفي هذه الحالة تفصيل لانه لايخلو اما ان يكون الجرم مشترطاً فيه القصد كتزوير المحررات المذكور بالمادة (١٩٣) من قانون العقوبات الاهلي فيعاقب ان تحقق الشرط والا فلا كأن زور وصية بغير قصد واما ان لا يشترط فيه القصد لكن يخفف العقاب اذا ارتكب بغير قصد كما يظهر من مادتي ٢٠٨ و ٢١٦ من قانون العقوبات الاهلي واما ان لا يلتفت فيه الى القصد لان العقاب عليه ناشيء عن الاهمال المضر بالمجتمع سواء ارتكب بقصد اولا والفرق بين هذا وسابقه ان هذا

لا تفاوت فيه في المعاقبة بالشدة والتخفيف بخلاف الاول ففيه التفاوت كما علمت وتارة يعترف بقصد ارتكاب الجرم و ينكر ما آل اليه الفعل كما لو جرح فقتل فينظر في حالته هل في وسعه معرفة ان الجرح مما يؤدي الى القتل ام لا فاذا كان الاول عوقب على نتيجة الفعل والا فلا وتارة يعترف باقتراف الجرم و يحتج بالجهل كمن تناول سما يظنه دواء فلا عقاب عليه اذا اعتبرنا ذلك من احد عوارض الحياة بان كان كل عاقل يجهل الحقيقة في نفس تلك الظروف والا عوقب والجهل بقانون العقوبات بعد الاعلان والنشر وانقضاء الاجل المحدود للعلم به لا يكون مخلصاً من التهمة لتقصير مقترفها عن العلم به بنفسه او بغيره ولانه لا ينبغي ايقاف تنفيذ القانون الذي هو ارادة المجتمع لاهمال احد الافراد وكذا الجهل بتفسيره او الخطأ فيه لانهما وان نشأ عنهما عدم القصد لكن التقصير حاصل من عدم الوقوف على الحقيقة بسبب عدم استفادته ممن هو مطلع على حقيقته

الفصل الثامن
ركن التعدي

و يشترط في الجرم اقترافه على وجه التعدي والا ارتفعت العقوبة كما لو كان في مباشرته للفعل حق كدفاعه عن نفسه او تنفيذه أوامر القانون او سلطة القضاء و بين هاتين الحالتين وحالتي الاكراه والعته تشابه من حيث ما يترتب على كل من براءة المرتكب ومن حيث انه يجب على المحامي ابداء تلك الاحوال امام المحاكم الابتدائية فلا يقبل منه ابداؤها بادئ بدء امام محكمة النقض والابرام واختلاف من حيث ان المدافع عن نفسه والمأمور قضائياً بالقتل لمحاحق في الفعل فلا يسأل لا جنائيا ولا مدنيا بخلاف المكره والمعتوه فانهما وان لم يسألا لا

جنائياً لكن يسأل لان مدنياً لانه ليس لها حق في الاقتراف ولذا يضمنان في المال ومن حيث ان شريك الذي يدافع عن نفسه كالمأمور بالقتل لا يسأل جنائياً ولا مدنياً بخلاف شريك المكره والمعتوه فانه يعاقب واعلم ان كل جريمة متى فقد قيد من قيود تعريفها لم يكن عليها عقاب كما لو اختلس مال نفسه او سرق بارادة المالك او هتك العرض بالرضا

ايها العقلاء تأملوا في قولهم (او هتك العرض بالرضا) وزنوه بميزان العقل والحكمة فانهم فتحوا باب الزنا وجعلوه مباحاً في القانون وهذا أحد الاشياء الخمسة لدمار الامم ووقوعها في مهواة التلف فانه لا تقوم دولة ولا يتم لها الامر الا بحفظ الدين والعقل والنسب والمال والاعراض فاذا اختل احد هذه الخمسة وقعت الامة في مهواة التلف والهوان ولا شك ان الزنا من افحش الفواحش وأقبح القبائح وأدنى الرزائل واخس المخازي وكيف جعل الحق فيه لمن انتهك عرضه مع ان اعراض الزوج والاخوة والاقارب كلها تصبح عرضة للهوان والذل والعار والشنار وتحط من قدرهم وتضع من شرفهم وهو في الغالب يجهل الامور ولا يعرف قدر الشرف وانما همه في شهوتي البطن والفرج فيصبح اقاربه وهم يقرعون سن الندم حسرة واسفا وجزعا و ينشدون امام السابين لهم والمعيرين والمخزيين قول الشاعر

غيري جني وانا المعذب فيكمو فكأنني سبابة المتندم

فهذه الامم وعقولهم كلها ترشد الى حرمته وقبحه وتفكروا يا أولى الالباب في رجل زنى بامرأة وهي في عصمة آخر فاتت بولد وهو لا يعلم أنه ليس من ذريته فيتعهده في حياته بانواع النعم و بكل ما يصح به جسمه ثم يصير وارثا له بعد موته وربما صار رئيس التجار واعظم الاغنياء فهل يرضى احد المتشرعين هذا لنفسه

ولا اخاله إلا ساخطا عليه وناقما وإلاعدّ أخس ٠٠٠٠ وانظروا في عواقب الزنا ونتائجه لامرين الاول قلة النسل فان المزني بها ان كانت تخشاه احتالت في اسقاط الجنين على اي صفة كانت وهذا هو الداء العضال الذي سرى في جسم بعض الامم فتمشي في مفاصلها ودب في عروقها فاضحت تاخذ في التناقص لعلهم يتفكرون فيرجعون هم وغيرهم من الامم المتمدنة « والثاني » المرض المنتشر في اوروبا و بلاد الشرق الناجم من العدوى المتطاير شررها والعياذ بالله تعالى وهذا نزر يسير من مضاد الزنا ولذلك جعلت الشريعة المطهرة الحد فيه ردعا عنه و يا قوم انشدكم الله هل يرضى احد من العقلاء ان ينسب لاحد من اقربائه عار يذكر به هو مدى الدهر و يظل وجهه مسودا وهو كظيم يتوارى من القوم من سوء ما عير به فاننا لا نزال نرى الناس يتبرؤن منه ولا يذكرونه الا تورية وهذا رأي العقلا فى تحريمه فما الدليل رعاكم الله على اباحته هذا والتعدي برضا المجنى عليه لا يكون مخلصاً على العموم بل يجب العقاب فيما اذا رضي بارتكاب ما هو مخالف للنظام العام والآداب كما لو رضي بان يقتله فان القاتل يعاقب

« الدفاع عن النفس » الاصل ان الحكومة هي التي نصبت نفسها للدفاع عنا وعن حقوقنا الذاتية التي بها ننمي قوانا العقلية والبدنية واننا نلقي اليها مقاليد الحماية لكن اذا تعدى شخص على احدنا ولم يتيسر للحكومة المدافعة فله مقاومته بقتله او ضربه او جرحه وكذا القبض عليه وسجنه مؤقتا اذا راي فيها مصلحة دفاعاً عن نفسه وعن غيره كما ذكر نصاً على غير الاخيرين بمادة (٢٢٥) من قانون العقوبات الاهلي وقياساً فيهما وشرطه ان يكون الخطر حاليا هائلا مهددا للحياة او الجسم او العرض كالقتل والضرب والجرح والخصي وهتك العرض واما مجرد التهديد وثلم الشرف بالضرب على صفحات الخد فليس فيها دفاعاً لان للمحاكم

تعو يض الضرر فيها و كذلك لو مضي زمن الخطر لان المرتكب حينئذ لا يكون دفاعاً بل يكون انتقاماً ـ وان لا يجتنب الخطر الا بانواع الدفاع السالفة فان امكن الدفاع بالحبس او الاستيلاء على سلاحه فليس له الدفاع بالقتل لعدم مناسبته للخطر وان لا يكون التعدي من رجال الحكومة على اداء وظائفهم لوجوب الامتثال على الاهالي (راجع المواد ١٢٥ و ١٢٦ و١٢٧ من قانون العقوبات الاهلي) الا انه اذا كان التعدي من غير حق يكون الدفاع مباحاً ايا كان المتعدي فيجوز قتل الاب دفاعاً اذا خير ابنه بين ان يقتله او يقتله وقتل احد الزوجين الآخر دفاعاً و يجوز قتل المجنون والمعتوه ايضاً لانه ليس من باب المعاقبة لهما حتى يمتنع لكن اذا راى القاضي انه لم تتوفر شرائط الدفاع فله تبرئة الساحة اذا راي ان الجاني مكره ادبيا واذا راي انه افرط في الدفاع فله تخفيف العقاب عليه وفي حالة التعدي على الاملاك يكون للمالك الحق في دفع المتعدي بالقوة بأنواع المدافعة سواء اكان التعدي ليلا ام نهارا كنص مادة (٢٢٦) من قانون العقوبات الاهلي غير انه يعامل بمقتضى مادة (٢٢٩) منه اذا فعل ذلك نهاراً وله ان يطلق عيارا نار يا دفاعاً على من سرق من صندوقه سندات لها وقع في ثروته والليل مسبل استاره على السارق فان الضرر هنا لا يمكن تعويضه ان لم يجرحه او يقتله وفعله هذا ان لم نعتبره دفاعاً اعتبرناه اكراها ادبياً وفى حالة تعدي الموظفين بغير حق على الاهالي خلاف فمنهم من ذهب الى عدم جواز دفاعهم عن انفسهم في هذه الحالة لان الموظفين مسؤلون عن سوء معاملتهم وانه يجوز للاهالي رفع دعاوي عليهم وانه لو قيل خلاف هذا لعدم الامن والنظام ومنهم من ذهب الى جواز ذلك حيث ان تعديهم من غير حق كما هو الفرض

و يفهم من مادة (١٢٨) من قانون العقوبات الاهلي انه يجوز مقاومة غير

الموظف دفاعاً او الموظف في غير وقت تأدية وظيفته او عند ابائه اظهار الاوامر المكلف بتنفيذها او تنفيذ ما لا يجوزه نص قانوني او اجرائه تنفيذاً من غير امر

(مسئلة) اغضب رجل آخر اغضاباً شديدا او تعدى عليه فجعل المتعدي عليه او المغضب بفتح الضاد يقاتل المغضب بالكسر او المتعدي فهل للمغضب بالكسر او المتعدي الاستناد على الدفاع حتى لو قتل تبرأ ساحته الجواب نعم بالنسبة للمغضب اما بالنسبة للمتعدي فان كان تعديه موقعاً لحياة المتعدي عليه في الخطر فلا يجوز الاستناد على الدفاع حتى لو قتل لا تبرأ ساحته وان كان بالعكس فالحكم البراءة وان قتل

وقال صاحب الدرر شهر سيفاً على المسلمين وجب قتله لقوله صلى الله عليه وسلم (من شهر على المسلمين سيفاً فقد احل دمه اي اهدره) وانما وجب لان دفع الضرر واجب ولا شيء بقتله وضمن قاتل مجنون وصبي شاهرين السلاح ولو كان قتلها عمدا الدية في ماله لان فعل المجنون والصبي غير متصف بالخطر فلم يقع بغياً فلا تسقط العصمة ومقتضى قتل النفس المعصومة في الآدمي وجوب القصاص لكنه امتنع لوجوب المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية فيه وقال في البرهان وقيل بنفيها اي ان ابا يوسف نفى الدية في رواية عنه ووجب قتل شاهر سلاح على رجل مطلقاً اي ليلا او نهارا في مصر او غيره ووجب قتل شاهر عصا ليلا في مصر او نهارا في غيره فاذا قتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه - تبع سارقه المخرج سرقته ليلا وقتله جاز ولا يجب بقتله شيء لقوله صلى الله عليه وسلم (قاتل دون مالك) وانما يجوز قتله اذا تعين القتل لخلاص ماله واذا لم يتعين لم يجز ويجوز قتله ايضاً قبل الاخذ اذا قصد الاخذ ولم يتمكن من دفعه الا بالقتل

وكذا اذا دخل دار رجل بالسلاح فغلب على ظن صاحب الدار انه قاصد لقتله حل قتله ولو شهر عصا نهارا في مصر قتل من قتله عمدا لان العصا ليس كالسلاح — شهر رجل سلاحاً فضرب آخر ثم انصرف هو فقتله المضروب يقاد القاتل لانه اذا انصرف عادت عصمته الزائلة بالضرب فاذا قتله آخر قتل معصوماً فعليه القود

« امر القانون وامر سلطة القضاء » لا جناية ولا جنحة اذا كان القتل او الضرب او الجرح او غير ذلك مأمورا به قانوناً من دائرة قضائية والا كان المرتكب جرما معاقبا عليه

واعلم ان المرؤس اذا تلقى امرا غير قانوني من رئيسه فالعقوبة على رئيسه لا عليه كما نصت عليه مادة (١١٥) من قانون العقوبات الاهلي اما اذا لم تكن مسئلة المرؤس مندرجة في نص المادة السالفة فتعلق المسؤلية الجنائية على اعتقاد المرؤس ومعرفة قصده لاننا لو قلنا ان المرؤس لا يكون جانيا ابدا فكأننا اعلنا بانه يكون مطيعاً على الدوام وان القانون تحت تصرف رؤساء الحكومة وفتحنا باباً للتضارب بالقوى وكذلك لو حكمنا بأن المرؤس يكون جانياً دائماً لجعلناه على الدوام قاضياً يحكم في الاوامر الصادرة له بكونها موافقة للقانون وبعدمه وبهذا يعدم ارتباط المرؤس برئيسه والمعول عليه في ذلك ان للمرؤس ثلاثة احوال فانه لا يخلو اما ان يعتقد انه ليس عليه جريمة في تنفيذ الامر فتبرأ ساحته واما ان يعرف انه آلة للجريمة فيخفف عليه في العقاب واما انه يخشى من وقوع جناية عليه من رئيسه فيبرأ استنادا على وجود الاكراه الادبي

﴿ الفصل التاسع ﴾

في اقسام الجرم

تنقسم الجرائم اولا و بالذات الى جنايات وجنح ومخالفات وعلة حصرها في الثلاثة ان الشيء اما ان يكون أعلى أو أوسط او أدني و بهذا التقسيم الجنائي زالت اشكالات الاختصاص النوعي في المواد المدنيه

(تنبيه) جعلوا في الكتاب الثاني من قانون العقوبات الأهلي الجرائم دلائل على العقوبات وعكسوا في الكتاب الأول فجعلوا العقوبات دلائل على الجرائم (راجع مواد ٣ و ٤ و ٥) من قانون العقوبات الأهلي لانهم نظروا انها لا تكون موصوفة بالجناية او الجنحة او المخالفة الا بالنظر لما يترتب عليها من العقوبات المقررة في القانون لا بالنظر للعقوبة التي يقررها القاضى بالحكم مثال ذلك شخصان قهرا آخر ليلا فاخذا ما له ومعلوم ان القانون يقضي بمعاقبتهما عقوبة الجناية بنص مادتي ٢٨٨ و ٢٩١ من قانون العقوبات الأهلي فاذا خفف القاضي فعاقب بعقاب جنحة حسب ما ذكر بالفقرة الثالثة من المادة (٣٥٢) منه سميت جناية نظرا لعقوبة القانون ولم ينظر لتسمية القاضي لها جنحة فان ذلك طارئ لاسباب ولا عبرة به في التسمية

وانما بحثنا عن وصف الجريمة وعيناه لاختلاف مدة سقوط الحق في اقامة الدعوى العمومية ومدة سقوط العقوبة في الجنايات والجنح والمخالفات راجع المواد ٢٤٩ و ٢٥٠ و ٢٥١ من قانون تحقيق الجنايات الاهلي

و يشترط غالبا في المعاقبة على الجنايات والجنح سوء قصد المقترف لهما لان اساس العقاب عليهما هو العدالة ومنفعة الهيئة الاجتماعية وانما قلنا غالبًا لانه قد يعاقب عليهما ولو من غير قصد

(راجع مادتي ٢١٥ و٢٢١ من قانون العقوبات الاهلي) بخلاف المخالفات فانه يعاقب عليها دائمًا بدون اشتراط قصد لان منشأ العقاب عليها منفعة الهيئة الاجتماعية فقط ولانه يعاقب عليها لانتهاك حرمة القانون من غير نظر الى سوء قصد الفاعل ٠

وتنقسم ثانيا وبالعرض الى ما تترك اثرا كالسب والقذف كتابة وما لا تتركه كالسب والقذف مشافهة والى وقتيه ومستمرة فالاولى هي التي تتم بمجرد ارتكابها سواء اطالت مدة التأهب او التنفيذ ام قصرت وسواء كانت الجريمة تامة ام شروعًا كالقتل والجرح والنصب والحريق والثانية هي التي تقبل بعد اتمامها الاستمرار بلا انقطاع زمنا طويلا او قصيرا كحبس بلا حق وحمل سلاح او نيشان ممنوع حملها وتمتاز كل من هاتين الجريمتين عن الاخرى بالتعاريف المذكورة لها في القانون كتعريف السرقة بانها اختلاس منقول الغير فانه دل على انها وقتية بخلاف ما لو عرفها القانون بانها حبس الشيء فانها كانت تعتبر مستمرة

وينطبق هذا التقسيم على الجرائم الناشئة عن العمل كالسرقة وعن التقصير كتقصير الشاهد في الحضور لاداء شهادته فانه مخالفة او جنحة وقتية (راجع مادة ٧٩ من قانون تحقيق الجنايات) وكذلك امتناعه عن المجاوبة عن الاسئلة الموجهة له من قبل قاضي التحقيق (راجع مادة ٨١ من قانون تحقيق الجنايات) وتظهر ثمرة هذا التقسيم في تطبيق العقاب وفي بعض نصوص تحقيق الجنايات وسقوط الحق في اقامة الدعوى بمضي المدة فاما ثمرته في الاول فهي ما يترتب على طول المدة التي تستغرقها الجريمة المستمرة من تشديد العقاب كما في الحبس بلا حق المبين بمادة «٢٥٧» من قانون العقوبات الاهلي وكجنحة حمل نيشان ممنوع حمله المذكورة بمادة ١٤٧ منه واما ثمرته في الثاني فهي ان الجنحة الوقتية

لا ترتكب الا في محل واحد واما المستمرة قد ترتكب في اماكن مختلفة فينشأ عن ذلك نزاع في الاختصاص بين الجهات التي رفعت لها تلك الدعوى وقضاة التحقيق الذين رفعت لهم « راجع مادة ٢٤٨ من قانون تحقيق الجنايات » واما ثمرته في الثالث فان سقوط الحق في اقامة الدعوى العمومية لا يبتدئ في الجنح المستمرة الا من يوم انقطاع استمرارها لا من يوم حصولها « راجع مادة ٢٥٢ من قانون تحقيق الجنايات » ـ والى بسيطة ومركبة ثم تنقسم البسيطة الى قسمين مطلقة عن العادة ومقيدة بها فالمطلقة عن العادة هي ما كانت فعلة واحدة وقيل هي ما لم تعزز باسباب تشديد العقاب والثانية ما ركبت من فعلات من نوع واحد كل منها لا يعاقب عليه مفردا فاذا اجتمعت ودلت على اعتياد المرتكب اوجبت العقاب (راجع مادة ٢٤٩ من قانون العقوبات الاهلي والفقرة الثالثة من مادة ٦٨ منه)

ولا يشترط في المقيدة تعدد المجني عليهم بل تسمي كذلك ولو كانت على فرد واحد وقد ينشأ في بعض الاحيان عن تعدد الاماكن الجائز ان ترتكب فيها الجريمة المقيدة نزاع في الاختصاص (راجع مادة ٢٤٨ منه) بخلاف البسيطة المطلقة ويجوز ان ترتكب المقيدة بالعادة في ازمنة مختلفة فيصعب بهذا تعيين مبدأ سقوط الحق في اقامة الدعوي ولا يتاتي ذلك فى المطلقة عن العادة

والى مرتبطة ببعضها ومتحدة القصد فالمرتبطة ببعضها هي المكونة من جملة فعلات كل واحد منها معاقب عليه كسرقة مفروشات المنزل في اربع دفعات متواليات وهي تخالف المستمرة والمقيدة بالعادة معاقب فيها على المجموع لا على كل فرد ومتحدة القصد هي ما تركبت من جملة فعلات معاقب عليها بعقوبة واحدة كالقتل بعد قطع الاطراف وتظهر ثمرة التفرقة بينهما في سقوط الحق في اقامة الدعوى العمومية فان له في كل واحدة من فعلات الاولى مدة بخلاف

الثانية فان مدته فيها واحدة

والى متلبس بها وغير متلبس بها فالمتلبس بها هى المذكورة بمادة ١٤ من قانون تحقيق الجنايات ونصها مشاهدة الجانى متلبساً بالجناية هى رؤيته حال ارتكابها او عقبه ببرهة يسيرة (قوله حال ارتكابها) هاتان كلمتان افادتا معنى التلبس الحقيقي « وقوله او عقب ارتكابها الخ » هذا هو التلبس الحكمي « و يعتبر ايضاً ان الجاني شوهد متلبساً بالجناية اذا اتبعه من وقعت علية الجناية عقب وقوعها منه بزمن قريب او تبعه العامة مع الصياح او وجد في ذلك الزمن حاملا لآلات او اسلحة او امتعة او اوراق او اشياء اخرى يستدل منها على انه مرتكب الجناية او مشارك في فعلها » وقوله و يعتبر ايضاً الخ بيان لبقية التلبس الحكمي وغير المتلبس بها هي ما عدا ذلك

وتنقسم الجنايات والجنح الى ما ترتكب على الحكومة وما ترتكب على الاهالي وقيل اني يصح تقسيمها كذلك مع انها دائمًا مضرة بالمحافظة على نظام الحكومة واستتباب الراحة قلت لانه ان كان ضررها بالحكومة اكبر كالتي تضر باستقلالها مثلا كانت على الحكومة وان كان ضررها بالاهالي اكبر كانت على الاهالي « راجع مادتي ٧٠ و ٢٠٨ من قانون العقوبات الاهلي » ولذا عقد المقنن المصري الكتاب الثاني من قانون العقوبات للاولى والثالث للثانية ولا دخل للمخالفات في التقسيم لان ترتيبها في القانون وفق الغرامات المعاقب عليها بها والى سياسية وغير سياسية ولم يذكر القانون ما تميز به الفعلات السياسية عن غيرها ولذلك كان للقاضي الحرية التامة في التفريق بينهما فلنذكر الآن آراء المتشرعين في ذلك فنقول تكون الجريمة سياسية محضه اذا كان الغرض من ارتكابها هدم اركان النظام العام وهو يشمل في الخارج استقلال وحدود وعلاقات

الحكومة مع غيرها من الحكومات وفي الداخل شكل الحكومه ونظام دوائرها العموميه وعلاقاتها المتبادله بينها و بين بعضها وليس في الامكان حصر الجرائم التي من هذا القبيل كما انه يستحيل حصر الوسائل التي تتخذ في ارتكابها ومثالها المخابره مع العدو بقصد الجناية « راجع مادة ٧٢ من قانون العقوبات الاهلي » ومحاربة وطنه والثورة عصيانا لتغيير هيئة الحكومة الى غير ذلك « راجع مادة (٧٧) من قانون العقوبات الاهلي ومن الجرائم ما يرتكب على احد الاهالي و يكون في الواقع سياسيا ولهذا يسمى بجرائم مختلطه او مرتبطه بحادثة سياسية فالاولى هي المضرة بالنظام السياسي واحد الافراد كقتل الحاكم لتدمير حكومته والثانية هي الجريمة العادية المرتكبه اثناء حادثة سياسيه لهابها ارتباط كنهب الثائرين دكان بائع الاسلحة .

وقد نظر بعض المؤلفين الى القصد من ارتكاب الجريمة فعد هذه الجرائم سياسية محضة ومنهم من اعتمد على تعريف السياسية المتقدم فجعل ما سواها غير سياسي والتحقيق ان كل واحد من القولين فيه ميل عن الحقيقة والحق ان يقال اذا دعي الى ارتكاب الجريمة العادية قصد سياسي كقتل الحاكم لا للانتقام ولا لتسهيل سرقة ولا لغير ذلك من الامور المعتادة بل لتدمير حكومته فالمعول عليه في وصفها ذاتها لا القصد منها لان القصد مطلقاً لا يغير الحقيقة فتكون جريمة عادية بخلاف ما اذا حصلت اثناء حادثة سياسية كالثورة والحرب الاهلي فلا بد من التفصيل الآتي — اذا صرح بارتكابها اثناء الحرب فتكون من ضرورياته ولهذا تتصف بوصفه السياسي كقتل الحاكم اثناء ثورة اما لو لم يصرح باقترافها اثناءه فتكون عادية وعلى هذا لا يمكن اعتبار الذين ينتهزون فرصة الحرب ليسلبوا او ينهبوا جناة سياسيين واعلم ان تقسيم الجنايات والجنح الى سياسية وغير سياسية غير

تقسيمها الى ما ترتكب على الحكومة وما ترتكب على الاهالي بل هناك نوع تباين ألا ترى أن الموظف اذا سرق من الحكومة شيئاً لا تعتبر جنايته سياسية ولا يخفى ان ضرر المجتمع بالجرائم السياسية اشد منه بغيرها فياليت شعري لم لم تشدد القوانين الاجنبية الحديثة العقوبة عليها كما شددت القوانين القديمة الجواب انما لم تجعلها أشد لان السياسية لا توجه في الحقيقة الى اعدام افراد المجتمع بل الى نظامه ولان أسبابها في الغالب خالية عن الاغراض الذاتية فالقصد السيء في العادية لا يوجد بعينه فيها

وتنقسم الجرائم ايضاً الى خاصة وعامة فالاولى ما تنتهك فيها حرمة واجبات بعض افراد الامة والثانية هي ما تنتهك فيها حرمة العموم وأهم الجرائم الخاصة ما يرتكبها الجند والاهالي بشرط أن تكون عقوباتها مذكورة بالقوانين العسكرية البرية والبحرية وقد يطلق لفظ جرائم خاصة على التي يعاقب عليها قانون غير قانون العقوبات

وثمرة هذا التقسيم ان المحاكم المختصة بالحكم تختلف باختلاف صفة الجريمة وبيانه ان المحاكم المختصة بالنظر في الخاصة قد تكون المجالس العسكرية وان المحاكم التي لها الحكم في العامة هي المحاكم الاهلية

الفصل العاشر

في مسوغات الجريمة

هي رضا المجنى عليه والخوف من ضرر اكبر من ضرر الجريمة وصناعة الطب والدفاع عن النفس والسلطة السياسية والسلطة المنزلية ولنتكلم على مالم نشرحه سابقاً فنقول

قال بنتام اذا وقعت الجريمة برضا المجنى عليه كان ذلك قرينة على عدم

وجود ضرر بالمره او على ان خيرها اكثر من ضررها لذلك نحن من مذهب جميع المتشرعين الذين يقولون (ان لا قذف مع الرضا) وقد بنيت هذه القاعدة على سببين وهما ان كل انسان ادرى بمنفعة نفسه وان المرء لا يرضى بما يظنه مضرا له واقول كيف يسلم ان رضا المجنى عليه قرينة على عدم وجود ضرر الجريمة بالمره مع انها ضرر في ذاتها بالنسبة للمجنى عليه وللمجتمع معا ولا يزول هذان الضرران بمجرد رضا المجنى عليه الا ترى ان الشريعة الاسلامية قالت بجرمة الزنا ولو مع الرضا و بجرمة القتل ولو معه ايضاً وما ذلك الا لان اباحة مثل تلك الجرائم لمجرد رضا المجنى عليه مضر كما سلف احدها ولهذه القاعدة استثناآت يقبلها العقل احدها حصول الرضا قهرا او بطريق الغش والتدليس وثانيها السكوت بغير رضا او برضا غير خالص او بعد رضا عدل عنه صاحبه وثالثها الجنون ورابعها السكر وخامسها الطفولية

والخوف من الضرر الاكبر ياتي في الشدائد عند حلول الامراض المعدية وفي ازمان الحصار والمجاعات او الغرق وكلما كان الدواء خطرا يجب ان يكون الاحتياج اليه ظاهرا بينا اذ السلامة العمومية كانت سبباً في كثير من الجرائم على اختلاف انواعها ولاجل ان يكون هذا العذر مقبولا يجب ان تتوفر فيه ثلاثة شروط هي التحقق من الضرر المراد ابعاده ـ وعدم وجود طريقة اخرى للعلاج اقل ضررا ـ والتحقق من نجاح الدواء المراد استعماله والخوف من ضرر اكبر هو الذي اراد بعضهم ان يسوغ به قتل الظالم وعندي انه لا مسوغ لهذه الجريمة اذ الامر لا يستلزمها وما على الناس الا اعتزال الظالم وتركه وفي ذلك هلاكه كما حصل بالنسبة الى جاك الثاني احد ملوك الانكليز حيث خلعوه فانحسمت الثورة من غير سفك الدماء «ونيرون» تقلصت دولته بقرار من مجلس الاعيان فقتل نفسه

وكان في ذلك للظلمة عبرة اعظم مما لو كانوا قتلوه

وصناعة الطب مسوغ يدخل تحت السابق اذ هو عبارة عن ايلام شخص في منفعته مثلا اصيب رجل بالنقطة فهل ينبغي ان يؤخذ رضاه حتى يحجم لا يشك احد في ان الحجامة واجبة اذ من المحقق ان المصاب لا يريد الموت وليس الحال كذلك اذا كان المريض قادرا على النطق و يسأل فيمتنع فهل يكون للطبيب والاقارب الحق في اجراء عملية لم يرضها ان كان هذا تكون النتيجة اقامة ضرر محقق مقام خطر وهمي لان الوهم والاضطراب يتوليان المريض فينتج من هذا انه اذا تعدي الطبيب حده وعمل عملا اعقبه الخطر حق عليه العقاب وغاية ما في الامر ان نيته تكون حالا مخففا

والسلطة السياسية والمنزلية مسوغان تامان للجريمة اذ لو لم يكن الحاكم والوالد واثقين باستعمال سلطتيهما لما رضي احد من الناس ان يكون والدا او وازعا اقول وجاء قانوننا الاهلي محرما وسائل التأديب بالضرب وغيره على الوالد فمحي بذلك سلطته من العائلة واذا كان هذا حالنا كثرت حوادث العقوق للوالدين وترتب على ذلك الشقاق والشحناء والبغضاء بين الاصول والفروع فلا نعجب بعد ذلك من رؤيتنا الولد يقتل اباه و يسب امه وذلك تأباه مكارم الاخلاق

الفصل الحادي عشر

في تعريف الجاني وسوء نيته

مرتكب الجريمة يسمى مجرماً او جانياً وهو الانسان العاقل لا غير لان الجريمة لا تتحقق الا مع وجود الارادة الحرة الصادرة عن العقل وأخطأت احكام فرنسا القديمة فجعلت كلا من الحيوان والجماد مجرماً لميلها للانتقام والانسان هو الحيوان الناطق والعاقل من وجدت فيه القوة التي بها يعرف الخبيث من

الطيب و بما علمته من تعريف الجاني تعلم ان الفعل الذي يعد جريمة ان صدر من الجاني المعرف بما سبق لو صدر من لا انسان او انسان غير عاقل فهو جبار أعني هدرا

وقال بنتام ما ملخصه ان ضرر الجرم الذي ارتكبه العالم المريد او غيره واحد غير ان الانزعاج مختلف لان العالم المريد يرتسم في اذهان افراد المجتمع شريرا مخيفاً بخلاف الجاهل فلا يخشى الا من اهماله او عدم تدبره ولا عجب فى استتباب الامن العام عقب جرم الاخير لانك لو لاحظت جميع الاحوال التي قدمناها لرأيت ان الجاني الجاهل لم يقصد مخالفة القانون ولو علم ان هناك مانعاً لما جني فان وقع هذا الجرم باجتماع احوال قهرية فهو منفرد لا يدل على حصول غيره بخلاف جرم العالم المريد فهو مصدر ضرر مستمر فان ماضيه مرآة مستقبلة ألا ترى ان الناس وهي لا تجمع على غير العدل تقول في مجرم غير عالم ولا مريد انه أحق بالتأسي من التعنيف على ان المجني عليه يكون له أمل في التعويض ان كان المجرم جاهلا غير مريد لما فعل اذ حالته لا تدعوه الى الاختفاء عن عين القضاء بل يبقى ظاهرا وفيه استعداد لتقديم العوض هذا هو الاصل العام الا ان في طريق تطبيقه عقبات جمة اذ لاجل الوقوف على سوء النية وتقديره حق قدره يجب التأمل في جميع ما يمكن ان يمر بنفس الجاني من التأثرات والانفعالات حال صدور الفعل سواء كان ذلك بالنسبة لنيته او لعلمه بعمله واليك امثلة للاختلاف في سوء النية (الاول) كتب نبال على سهمه (عين فلان اليسرى) ثم رماه فاصابها فهو جان طابق الفعل قصده (والثاني) فاجأ رجل زوجته تزني فاخذته الغيرة وانتقم من خصمه نخصاه فمات لاشك ان نية الاعدام عنده لم تكن كاملة « والثالث » رأى صياد غزالا ورجلا بالقرب منه ثم تحقق انه ان رمى

الغزال ربما اصاب الرجل وفعل فاصاب هذا الاخير فالموت مراد ولكن لم يكن مقصودا أولا و بالذات اما من حيث الادراك فالجاني ثلاثة احوال لانه اما ان ان يكون عالمًا او جاهلا او مخطئًا في فهمه كشراب يسقيه شخص لآخر لايخلو حاله اما ان يكون عالمًا بانه مسم او جاهلا به او يظن ان ضرره ضعيف وانه يستعمل أحيانًا دواء

الفصل الثاني عشر

مركز الجاني وخلقه وتاثيرهما في الانزعاج

ان من الجرائم ما يمكن ارتكابه لكل انسان ومنها ما لا يمكن وقوعه الا اذا كان لفاعله مركز مخصوص يهيئ له اسباب فعله والاصل في ذلك انه كلما تخصص مركز الجاني قل الانزعاج من جريمته مثلا النشل يحدث انزعاجاً عاماً ولكن اغتيال وصي شيئًا من مال القاصر ربما لا يحدث شيئًا من ذلك اصلا

و يستثنى من هذا الاصل الجريمة التي تقع من ذي سلطة عظيمة فان وصل تأثير فعله الى عدد كبير من الناس كان الانزعاج اعظم مثلا اذا انعطف رجل الضبط على السرقه وسفك الدماء والاعتساف لا شك ان الانزعاج الذي يحدثه عمله يكون اعظم من جرائم السطو الكبرى على ان مجرد الخطا من ذوي السلطة العظيمة ولو لم يرافقه سوء النية ربما احدث انزعاجاً شديدا فان حكم قاض مستقيم الطبع لكنه جاهل على بريئ بالاعدام يجرح الاحساس العام و يوجب الاضطراب عند الجميع لكن لحسن الحظ يسهل ازالة هذا الانزعاج برفع المتسبب فيه من وظيفته

ثم قال و ينشأ عن سوء الخلق تشديد العقاب في صور كثيرة منها الحيف على الضعيف لأن الشرف يقضي بحمايته ورد العدو عنه ومنها الزيادة في المصيبة

لكن يشدد الفاقة بانتشال ما ابقته الحوادث عند المصاب ومنها انتهاك حرمة الموقرين كالشيوخ والقضاة والمعلمين وارباب المهارة في الصناعات وغيرهم ومنها القسوة اعتباطاً «اسيء التعدي على المجنى عليه لا لسبب» ومنها سبق الاصرار فانه يدل على ثبات الجاني في الخبث والشر ومنها التحزب ومنها الكذب والخيانه اما الكذب فانه يدل على سقوط الاخلاق الى درجة لا تسترها الصفات الفاضلة والناس مصيبون في هذا الاعتبار اذ الصدق من حاجات الانسان الاولية فهو ركن من اركان وجوده ونسبته للانسان كنسبة النور للنهار ولما كان المرء في كل لحظة من حياته يرتب نتائجه الكفرية و ينظم سيره في الوجود على مقدمات وقواعد لا يتيسر له التحقق الا من القليل منها احتاج قهرا عنه الى الاعتماد في ذلك على غيره فان كذب ذلك الغير في المقال بطل الاستنتاج وكان الخطأ مصاحباً للسير بمقتضاه وضاع الامل من العمل وصار المرء لا يأمن أخاه وتأخذه الحيرة في سبيل امنه وراحته وبالجملة فالكذب جرثومة المضار كلها اذ هو يؤدي اذا انتشر الى انحلال الهيئة الاجتماعية بتمامها

ولقد عظم شأن الصدق حتى صار الاخلال به ولو في المسائل الطفيفة لا يخلو من خطر فالهفوة الصغيرة بعد عنه والواجب التزامه في كل حال لان المرأ ان فرطت منه هفوة سقط في الثانية ثم لا يلبث ان يصير حليفاً للكذب هذا هو شأن الكذب في الاحوال التي لا اهمية لها في حد ذاتها فما بالك به وقد صار آلة في اقتراف الجرائم والآثام ثم ان الكذب تارة يكون ملازماً للجريمة وتارة يكون تابعاً لها فقط فهو ملازم لشهادة الزور والاستيلاء على مال الغير غشاً بانواعه اما في الجرائم الاخرى فانما يأتي بالتبع وهو لا يكون حالاً مشدداً في العقاب الا بالنسبة للجرائم الاخيرة اما الخيانة فلها محل مخصوص وهو فيما اذا كان للجاني

مركز يلزمه بواجبات فأخل بها والخيانة اما ان تكون جريمة اصلية او تابعة لها ولا لزوم للخوض هنا في الجزئيات بل نقتصر على ملاحظة واحدة نجمع تحتها جميع الاحوال المشددة قلنا ان جميع الاحوال في الجناية تدل على سوء خلق الجاني ونقول انه لا يؤخذ من ذلك وجوب تشديد العقاب بحسبها بل يكتفي في التشديد بما يحمل النفوس على الاشمئزاز من هذا الخلق وقال وينشأ تخفيف العقاب في احوال حسن خلق الجاني وهي تسعة (اولها) الخطأ الخالي عن سوء النية (وثانيها) حاجة الدفاع عن النفس (وثالثها) حاجة الدفاع عن الاصدقاء والاعزاء (ورابعها) ان يكون محرضا (وخامسها) التجاوز في المدافعة الى غير الحد الواجب (وسادسها) الرضوخ الى التهديد (وسابعها) الرضوخ الى السلطة (وثامنها) السكر ان لم يكن بقصد فعل الجناية (وتاسعها) الطفولية ولنتكلم على ما لم نذكر فيه شيئاً فيما سلف من هذه الاحوال فنقول شرط التحريض الذي ينبني عليه تخفيف العقاب ان يكون قريباً في الزمن من الجريمة بان لم تمض عليه ليلة اذ يجب ان النوم يطفئ ثورة الشهوات ويخمد الحواس ويهيئ العقل الى قبول أسباب الصيانة واما السكر الذي يستلزم تخفيف العقاب فشرطه ان لا يكون بقصد تشجيع النفس على ارتكاب الجريمة وان لا يكون معتادا عليه اذ من علم ان السكر يجره الى الاضرار بالناس ورجع اليه لا يستحق رحمة ولا شفقة واما الطفولية فهي على رأي بنتام ما دون الرشد وهو عنده ببلوغ الحادية والعشرين نخالف بذلك مذهب الرومانيين فيه فان الاصل فيه عندهم هو ببلوغ الخامسة والعشرين اذا لم يحسن التصرف قبل ذلك والا سلمت له امواله ليتصرف فيها بنفسه ثم قال بنتام نعم ان (بومبيه) (وهو قائد روماني شهير ببسالته وثقته بنفسه قتله بطليموس الثاني عشر في مصر سنة ٤٨ ق م) افتتح الاقاليم

(و بلين) (اديب روماني شهير مات سنة ١١٨ ميلادية) الصغير كان يرافع امام المحاكم عن مصالح الناس وذلك قبل ان يبلغا هذا السن ولقد رأينا الانكليز زمناً طويلا يحكمهم وزير بدربة واصالة رأي فاق الرجال في المسائل المالية وكان عمره لا يخول له فى بقية اوروبا ان يبتاع شبراً من الارض وسنذكر لك ان شاء الله تعالى هذا المقام ملخصا من الشريعة الاسلامية وسترى فيه العجب العجاب

﴿ الفصل الثالث عشر ﴾

في المجنى عليه

هو كل ذي حقوق التعدي عليها يعد جريمة سواء كان انساناً وطنياً اولا ذا عقل اولا ولو قبل ولادته لان مواد ٢٣٩ و ٢٤٠ و ٢٤١ و ٢٤٢ من قانون العقوبات الاهلي تعاقب على اسقاط الحمل ولان مقتضى العداله والنظام العمومى عدم التعدي على من يؤول الى الانسانية والا انقطعت شجرة الانسانية بالمرء لا بعد موته كما اذا هجى فلان المتاخرين من علماء القانون لم يروا المعاقبة عليه لانه حيث ان الميت صار نسيا يستحيل ان يسرق او يقتل فكذلك لا يجوز اعتبار هجوه جريمة ولان للتاريخ حقوقا منها الحكم على حياة الاموات بذكر مناقبهم ومثالبهم ليتمسك بها من يريد الاقتداء باهل الفضل منهم ويتجنبها من الاحياء من يرى انها سودت صحائف سواه وقد استثنوا من ذلك هجو التاجر الميت فيما يتعلق بتجارته لما يلزم عليه من ايذاء ورثته في تجارتهم وهذا استثناء ظاهري والحقيقة ان الهجو في هذه الحالة موجه الى الورثة انفسهم ولعمري لو رأوا المعاقبة على اي هجو لميت الذي له اولياء لكان اولى لما فيه من ايذائهم الا ترى ان الانسان الذي يسمع قذف والده المتوفى ربما حملته الغيرة النسبية والحمية الطبيعية على شتم القاذف بل ضربه بل قتله على حسب درجات القذف ولكن هذا فيمن

يريد القذف واما من يذكر السير لمقاصد حسنه كالاقتداء من يطلع عليها من المحاسن والتنحي عنها في القبائح كما هي عادة المؤرخين فلا سبيل عليه او غير انسان حيوانا اولا كالشركات بالنسبة لحقوقها المعترف بها قانونا وكالدواب المملوكه للانسان فان لها حقا من حيث حيوانيتها فالتعدي عليها يعد جريمة لا كما قاله متشرعو اوربا ان التعدي عليها ليس جريمة وان ما يؤدب عليه الجاني الذي هو صاحبها هو سوء الخلق لاننا لو قلنا بذلك لعوقب على كل ما يرجع لسوء الخلق من هدم بيته غير مستحق الهدم او حرق مزروعاته الى غير ذلك

الفصل الرابع عشر

نظريات في حق العقاب

(نظرية بكاريا) ذهب هذا المحرر الايطالي الميلاني الى ان الناس كونوا المجتمع عن رضا منهم وكل تنازل عن جزء من حريته ليتمكن من التمتع بالباقي فكون مجموع اجزاء الحرية المتنازل عنها السلطة الحاكمة للأمة فنتج من مذهبه هذا ان العقاب حق السلطة الحاكمة وان كل عقوبة لم يكن في تنفيذها محافظة على حقوق الامة المتنازل عنها للسلطة الحاكمة تكون غير عادلة واعترضوا هذا بقولهم ان كل مذهب مبني على الاتفاق الاجتماعي باطل ومن اجل ذلك قدمنا ان مذهب (روسو) الذي أسسه على العقد الإجتماعي باطل هذا ومذهب (بكاريا) يختلف عن مذهب روسو في ان هذا الأخير ليس فيه الا تنازل عن جزء من الحرية بخلاف الاول ففيه تنازل كل شخص عن جميع اجزاء حريته و بيطلان أساسها قد انهدما

« رأى بنتام » ذهب هذا الفيلسوف الى ان أساس حق عقاب الانسان هو المنفعة وخالفوه فقالوا بل هو العدالة مع المنفعة لاننا لو اقتصرنا عليها لتساوي

عقاب الانسان وايلام الحيوان مع ان التفريق بينهما واجب لان الانسان حيوان ناطق فلا ينبغي تعذيبه لمجرد المنفعة تعذيباً متجاوزا حد العدالة بل لا بد ان يكون عقابه مناسباً لدرجة جرمه مهذباً لاخلاقه ولا يكون كذلك الا اذا كان مبناه المنفعة مع العدالة كما قدمنا

(مذهب روسي) قال هذا الفيلسوف ان أساس حق العقاب هو العدالة والمنفعة وهو مذهب صحيح غير انه كان يجب عليه ان يقدم المنفعة على العدالة فانه لاجل معاقبة الانسان ينبغي النظر اولا في الفائدة العائدة على المجتمع من عقابه حتى اذا تحققت نظر فيما اذا كانت العدالة في تنفيذ العقاب عليه وقد قال ان للحكومة شرفاً على الافراد واختصاصاً بالدفاع عنهم وقال بعضهم انه باطل لان الحكومة ما هي الا من الافراد وهي خادمة لهم وليست مختصة بالدفاع عنهم اذ للشخص الدفاع عن نفسه عند حلول الخطر به

✻ الفصل الخامس عشر ✻

في العقوبة وشروطها وأقسامها

العقوبة هي ايلام من اعلن بالحكم انه مجرم من الحاكم للمنفعة العامة فخرج عن التعريف التعويضات المدنية والعقوبات التأديبية وبطلان العقود وعدم الاهلية وسقوط الحقوق والضرر اللاحق بالمهاجم حين الدفاع عن النفس وحينئذ يجوز ضم العقوبة المعرفة الى ما سواها مما ذكر للعقاب على جريمة واحدة فان المراد من قولهم لاعقوبتان على جريمة واحدة العقوبة المعرفة فاذا ارتكب كاتب تزويرا مثلا يجوز الحكم عليه بعقوبة التزوير والتعويضات المدنية والعقوبات التأديبية وبطلان العقد

وشروط العقوبة ان تكون قانونية لا اختيارية — وان يكون من شانها

الانطباق على جميع الناس بلا استثناء وانما أخرج من ذلك الشيوخ والنساء بنص مادة ٣٤ من قانون العقوبات الاهلي لعدم قدرتهم على تحملها ـ وان تكون شخصية لا تتخطى الجاني الى ورثته او عائلته ـ وان لا تنفذ الا بحكم غير قابل للطعن فيه بحيث ان كل طعن في الحكم حصل او امكن حصوله يوقف تنفيذها وان تؤلم الجاني حسا اومعنى وتكون عبرة لغيره ـ وان تصدر وتنفذ علنا ـ وان تضر الجاني في حريته وماله وحقوقه وجسمه في عقوبة القتل خاصة اما التهذيب فليس من شروطها بل قد يحصل اذا كان قابلا للتهذيب بها وقد لا يحصل اذا لم يكنه

والاصل ان العقوبة تنشأ عن الجريمة غير أننا نرى المقنن المصري قد عرف الجرائم بعقوباتها فدعى ذلك الى ان تنقسم كما تنقسم الجرائم فكان منها ما يختص بالجنايات ومنها ما يختص بالجنح ومنها ما يختص بالمخالفات (راجع مواد ٣ و٤ و ٥ من قانون العقوبات الاهلي) لكن قد تنقص المختصة بالاولى شفقة او لوجود اعذار قانونية الى عقوبات الجنح وكذلك هذه الى عقوبات المخالفات قدرا ومدة بدون ان تتغير طبيعتها فيما اذا لم يكن سبب التنقيص الاعذار القانونية ومنها ما هو مشترك بين الجنايات والجنح والمخالفات وهو المنصوص عليه بمادة ٧ من قانون العقوبات الاهلي هذا

وهي تنقسم فضلا عن ذلك الى اصليه وهي التي يحصل بها تعذيب الجاني مباشرة و يجب على القاضي ذكرها في الحكم وتابعة وهي التي تقوي تأثير العقوبة الاصلية ومن شانها منع العود الى الجرائم كالتي ذكرت « بمادة ٣٢ من قانون العقوبات الاهلي » والى اصلية تارة وتابعة تارة اخرى كالحرمان من الحقوق الوطنية راجع مادة ٤٢ منه والى متممه وهي ما بين الاصلية والتابعة فتكون

كالاصلية في انه يجب ذكرها في الحكم وتكون كالتابعة في انه لا يحكم بها وحدها قط (راجع في ذلك مادتي ٤١ و ٥٢ منه) والى مؤبدة ومؤقتة وهما ظاهرتان والى بدنية وتهذيبية فالبدنية هي التي تضر المحكوم عليه في جسمه وحريته والتهذيبية اخص من التي قبلها لان كل تهذيبية بدنية ولا عكس الا ترى ان عقوبة القتل ليس فيها تهذيب للجاني وهي بدنية والى بدنية جالبة عارا والى جالبة عارا غير بدنية فالاولى كعقوبتي الاشغال الشاقة مؤبدا وموقتاً والثانية كالنفي وقيل لا وجه لهذا التقسيم الاخير لان النفي يكدر صفو المنفي فيلحق الضرر بيدنه وتنقسم عقوبات الجنايات والجنح الى سياسية وعادية ومن يطلع على نصوص قانون العقوبات يري فيها هذا التقسيم

الفصل السادس عشر

في اغراض العقوبة

للعقوبة ثلاثة اغراض (الاول) انذار من ثبتت عليه التهمة وتهديده لاجل ان لا يعود الى اقتراف الجرائم غير ان هذا الغرض لا يوجد في عقوبة القتل والعقوبات المؤبدة اذا لم يهرب المنفذة عليه او يعفى عنه (والثاني) خزيه واعتبار ارباب الشرور (والثالث) تهذيب اخلاقه وحيث كان ذلك التهذيب من اغراضها وكان يحصل ايضاً بتعليم الجانين وجب على الحكومه ان تفتح ابواب سجونها لمهرة الصناع والمؤدبين تأكيدا لذلك الغرض فضلا عن وجوب ذلك لانتفاعها باعمال اولئك الجانين

الفصل السابع عشر

في عقوبة القتل

قد جرى ببلاد اوروبا الخلاف في القصاص بالقتل فمنهم من ذهب الى

عدم استبداله ومنهم من رأي استبداله بالاشغال الشاقة المؤبدة ولا زال الخلاف مستمرا حتى شرعت اغلب بلادها في محوه من سجلات شرائعها ظنا بان التمدن يقتضيه وكتب في استبداله بالاشغال الشاقة مؤبدا ناظر حقانية ولاية (فالاشي) واطلعت على مشروعه في ذلك فاردت ايراد ملخص براهينه والرد عليها بما وصلت اليه يد الامكان مستندا بحجج موجبة لعدم نسخه من القوانين الحديثة دالة على ان ما اتى به الشرع الشريف من ايجاب القصاص مطابق لاحوال الناس في كل زمان ومكان وهاك ايراد كلامه معقبا كل حجة له بما يزيفها

قال ان قياس قتل الامة للقاتل على قتل الانسان من هاجمه ليدفعه عنه بذلك قياس مع الفارق الا ترى ان القاتل يدفع الغوائل عن نفسه وتعين عليه ذلك بخلاف الامة فقد زال عنها الخطر وليست مضطرة الى القتل بل لها مجرد العقاب وفرق بين الدفاع والعقاب بل الدفاع لا يتصور هنا لضعف قوة الجاني في جانب قوة الامة وهو لا يكون الا بين متساويي القوة تقريباً واقول الكلام مبني على اصل فاسد وهو حصر اسباب القتل في دفع المهاجمة فقط واي دليل عقلي على حصر اسباب القتل في ذلك بل نقول من جملة الاسباب ايضاً القتل عمدا مع استيفاء شروطه ولو سلمنا لهما قال من حصر السبب فيما تقدم نقول ان الامة تدفع بالقصاص عن نفسها غوائل المعتدين وشر المفسدين اذ قتل احدهم بمرأى ومسمع من الناس يدخل في قلوبهم الرعب فلا يجترؤن على مثل ما فعل بخلاف ما لو حقن دمه فانهم يسخرون بها و يزدادون عددا ومددا و يفتكون بالخيار منها ودعواه ان الدفاع لا يكون الا لخطر حاضر صحيح بالنسبة للشخص اما الامة فلا مانع من ان يكون الخطر المهدد لها مستقبلا و يسوغ لها به القتل على ان لنا ان

تقول ان خطرها حاضر وهو سريان سم الفتك في نفوس الاشرار حينئذ وهو مرض عظيم دب في جسمها افلا يسوغ لها ان تقطع العضو الذي سرى منه ذلك الداء ولعلك تقول ان الداء الذي سرى في جسم الامة حالا والخطر المهدد لها ما لا يذهبان بالعقوبة بدون القتل اقول ما الطريقة العادلة التي بها يكون العقاب واحدا على جميع القاتلين سوى قتلهم فان قلنا هي الاشغال الشاقة المؤبدة كما هو الرأي عنده فذلك ظاهر الفساد اذ لاعدل فيها فقد يعذب بها انسان سبعين سنة لصغر سنه وآخر يوما او سنة او نحو ذلك فليت شعري هل يستوي عذاب عرجي تربي على الهوان والذل والفقر ووجد هناك بغيته من لوازم المعيشة مكث خمس سنين في تلك الاشغال المتعود عليها وعذاب مترف تربى على النعيم ومكث في انواع العذاب اربعين سنة حتى مات فلم يتساويا في العذاب مدة وكمية ومشقة فاين المساواة واين العدل والاتكال على العفو في التسوية يقال فيه العذر اقبح من الذنب لما يترتب عليه كما اعترف (بنتام) من جعل حياة الامة في قبضة الحاكم على انه لا يمكنه التسوية بالعفو البته واما دعواه بان الدفاع لا يكون الا بين متساويي القوة تقريبا فنقول هذه دعوى لا دليل عليها لجواز ان يدافع سبعون رجلا مثلا عن انفسهم مهاجمة سارق واحد يطلق عليهم الرصاص ويقتلونه بل قد يدافع مائتان عن شخص هاجمه آخر وقال (الرازي) عند تفسيره آية (ولكم في القصاص حياة يا اولي الالباب) اعلم انه سبحانه وتعالى لما اوجب في الآية المتقدمة القصاص وكان القصاص من باب الايلام توجه فيه سؤال وهو ان يقال كيف يليق بكمال رحمته ايلام العبد الضعيف فلاجل دفع هذا السؤال ذكر عقيبه حكمة شرع القصاص فقال (ولكم في القصاص حياة) وفي الآية وجوه اقتصرت على المهم منها (الاول) انه ليس

المراد منها ان نفس القصاص حياة لان القصاص ازالة للحياة وازالة الشيء يمتنع
ان تكون نفس ذلك الشيء بل المراد ان شرع القصاص يفضي الى الحياة في حق
من يريد ان يكون قاتلا وفي حق من يراد جعله مقتولا وفي حق غيرهما ايضاً
اما في حق من يريد ان يكون قاتلا فلانه اذا علم انه لو قتل قُتل ترك القتل فلا
يقتل فيبقى حيا واما في حق من يراد جعله مقتولا فلان من اراد قتله اذا خاف
من القصاص ترك قتله فيبقى غير مقتول واما في حق غيرهما فلان في شرع
القصاص بقاء من هم بالقتل او من يهم به وفي بقائهما بقاء من يتعصب لهما لان
الفتنة تعظم بسبب القتل فتؤدي الى المحاربة التي تنتهي الى قتل عالم من الناس
وفي تصور كون القصاص مشروعا زوال كل ذلك وفي زواله حياة الكل (والثاني)
ان المراد منها ان نفس القصاص سبب الحياة وذلك ان سافك الدم اذا اقيد منه
ارتدع من كان يهم بالقتل فلم يقتل فكان القصاص نفسه سبباً للحياة من هذا
الوجه اما قوله تعالى (يا اولى الالباب) فالمراد به العقلاء الذين يعرفون العواقب
و يعلمون جهات الخوف فاذا ارادوا الاقدام على قتل اعدائهم وعلموا انهم يطالبون
بالقود صار ذلك رادعا لهم لان العاقل لا يريد اتلاف غيره باتلاف نفسه فاذا
خاف ذلك كان خوفه سبباً للكف والامتناع الا ان هذا الخوف انما يتولد من
الفكر الذي ذكرناه ممن له عقل يهديه الى هذا الفكر فمن لاعقل له يهديه الى
هذا الفكر لا يحصل له هذا الخوف فلهذا السبب خص الله سبحانه وتعالى بهذا
الخطاب اولى الالباب اه نرجع الى كلام صاحب المشروع وقال ان اتخاذ اجماع
الامم في جميع الازمنة والامكنة دليلا على القصاص فى القتل خطأ اقول وفي
هذا الكلام نظر من وجهين (الاول) انه وجدت له حجج كثيرة نحو ماذكرناولم
يقتصر على ما قاله هو فلوسلمنا له خطأ هذه الحجة لما ضر في مشروعية القصاص

(الثاني) لا نسلم انه خطأ فانه كيف يجمع العقلاء من الفرس واليونان وقدماء المصريين والمسلمين والنصارى واليهود وغيرهم من الامم المختلفة والملل المتغايرة والنحل المتشعبة على رأي ويقاومهم هذا وحده بفكره بلا حجة معتبرة ومعلوم انه لا يعدل عن رأي قديم الى غيره الا بحجة ظاهرة ودليل قاطع

وقال ان عقوبة القتل لم تتوفر فيها الصفات الواجب ان تكون عليها كل عقوبة فلم تطابق العدالة لتجاوزها الحد الواجب ان يقف عنده الدفاع عن الهيئة الاجتماعية لجواز حصوله بعقوبة اقل منها درجة وهي الاشغال الشاقة مؤبدا واقول انظر كلامنا فيما تقدم ففيه ادحاض لهذه الحجة ثم قال ومنظرها مريع وحشي فظيع تقسو منه القلوب ويأباه علم الاخلاق واقول ان في ذلك المنظر عبرة للناس جميعاً ولسان حاله يقول هذا جزاء قاتل خرج عن حد الآداب وجعل بينه وبين حميد الخصال حجابا مستورا والاعتبار بالغير يحث عليه علم الاخلاق وهذه لا تعد شبهة فضلا عن جعلها حجة اذ هي سفسطة ظاهرة افيعد هذا المنظر وحشيا وقد وجدنا جميع الامم الحالية حينما تعتدي دولة ولو كانت صغيرة على اخرى فان تلك الاخرى تأتي لها بالصواعق المحرقة والآلات الجهنمية والمدافع العظيمة فتسفك الدماء وتخرب الديار وتنسفها نسفاً فهل هذا منظر اقل شناعة من منظر القاتل بل نقول لا نسبة بينهما في البشاعة والاتكال على التحكيم بين الدولتين قد لا يجدي نفعاً لعدم رضاء احداهما او اغترارها بقوتها ومنعتها فلذلك ترى الامم مضطرة لاستعمال ذلك المنظر الذي به يحسم الشر ومناسبة لهذا الموضوع نقول ان الافراد كالامم فكما ان بعض الامم لا ينفع فيها الا ما ذكرنا كذلك بعض الافراد ممن لا تؤثر فيهم الزواجر العقلية لا مانع من قتله ان تعمد القتل فأبطاله مخالفة للعقل ثم قال ان الواجب ان يكون

القصد من العقوبة تهذيب اخلاق الجاني وجعل العود الى الجرم مستحيلا وهي وان ترتبت عليها هذه الاستحالة لكن ليس فيهاتهذيب لاخلاق المجرم البتة فضلا عن توفر نفس الاستحالة في تنفيذ الاشغال الشاقة عليه واقول ــ قوله (جعل العود الى الجرم مستحيلا خطأ) وكان يجب ان يقول بعيدا او قليلا ثم ان دعواه ان جميع العقوبات لا بد ان تكون لتهذيب المعاقب نقول ردا عليها ما المانع ان تكون لتهذيب غيره كما قدمناه واما قوله انه يجوز استبدالها بالاشغال الشاقة مؤبدا لتحقق استحالة العود فهو مردود بوجهين الاول جواز الهرب من السجن او حصول العفو وهما يدعوان الى العود الى الجرائم والثاني هو ما ذكرناه من عدم التساوي في الاشغال الشاقة

وقال انا نشاهد القوانين تعاقب بالقتل على احوال كثيرة ولا بد من ان يكون منها ما يلزم العقاب عليه به ومنها ما لا يلزم وعقوبة القتل واحدة ليس فيها درجات فهي غير نافعة وغير ضرورية واقول هذا الاعتراض ان توجه على القوانين فبتعديلها يزول واما الشريعة الاسلامية فلا يتوجه هذا الاعتراض عليها اصلا فان المطلع على احوال العقاب فيها بالقتل يجزم بأنها تقتضيه حقاً واما اخذه منه انها غير نافعة وغير ضرورية فما ذكرنا آنفاً يدفعه فضلا عن ان هذه النتيجة لا تؤخذ من مقدماته

وقال انه يستحيل مع تنفيذ تلك العقوبة على بريء تعويض الضرر الناشئ عنها ولذلك اهتمت اغلب بلاد اوروبا وامريكا بمحوها واقول ان عقوبة لا تنفذ الا بعد ان تراجع اوراق قضيتها دوائر قضائية كالمحكمة الابتدائية والاستئنافية والنقض والابرام ودائرة عالية هي الجناب الخديوي لاصدار عفوه اذا تراءي له ذلك (ولا يقال ان الاحتجاج بعفو الخديوي هنا مناقض لما تقدم لانه احتج

به هنا بناء على انه موجود في القانون) و بعد توفر شروط قانونية كالاعتراف او شهادة الشهود يندر الخطأ في توقيعها وليس للنادر حكم على ان الاعتراف الصادر من القاتل لا يجعل عادة شبهة في الحكم عليه هذا الجواب بالنسبة للقانون واما الشريعة الاسلامية فلا يتوجه هذا الاعتراض عليها اصلا اذ عقوبة القتل من الحدود والحدود فيها ندرأ (اي تدفع) بالشبهات فمتى اتجهت شبهة لم يحكم بالقتل هذا

وذهب اغاب متشرعي الفرنساويين الى ان القصاص ضروري في بعض البلاد دون الاخرى مستندين في ذلك على علم الاحصائيات الذي دلهم على انه حين ابطلت عقوبة القتل في بعض البلاد المتمدنة كانت النتيجة قلة عدد حوادث القتل واقول ان تلك القلة قد تنشأ عن امور منها تقدم العلم ومكارم الاخلاق وقلة عدد مواليد الاشرار ومهاجرتهم من البلد لتضييق الحكومة عليهم وغير ذلك بحيث لو وجدت تلك الاسباب مع تهديد الاشرار بالقصاص لقل عدد حوادث القتل من غير حاجة لابطاله وحينئذ فعليهم ان يثبتوا عدم حدوث تلك الاسباب في السنة الجديدة التي حصل فيها ابطال عقوبة القتل وقلة عدد حوادثه لابطال القصاص حتى نسلم مذهبهم

وقال (فولتير) احد مشاهير كتاب الفرنساويين انتقادا على القصاص ان به يكون مصاب المجتمع اثنين بعد ان كان واحدا فقتل القاتل وفقأ عين من فقا عين اخيه مصائب فوق اخرى وذهب الى استبدال القصاص وقد سلف ان الاستبدال غير عدل ومضر بالمجتمع وهذا الفيلسوف يأخذ بالظواهر فلينظر المطلع المتأمل هل هذه شبهة ترد على القصاص بعد الذي قرره الرازي من منافعه الجمة واقول ظاهر القصاص انه مصيبة فوق اخرى و باطنه زجر الاشقياء

وحقن الدماء وبقاء حياة الابرياء وانها لنعمة كبرى لا نحصل عليها الا به لما سلف (راجع في عقوبة القتل مواد ٢٥ و٢٦ و٢٧ الى ٣٢ من قانون العقوبات) ولنذكر هنا نذرا يسيرا مما كتب في الشريعة الغراء في موضوع القتل فنقول

القتل هو فعل مؤثر في اذهاق الروح وهو خمسة اقسام عمد وشبهه وخطأ وماجرى مجراه وقتل بالسبب اما العمد فهو قتل آدمي قصدا بالسلاح ونحوه من الآلات التي تفرق الاجزاء كنار وزجاج ومحدد من خشب او حجر والحق بعضهم به المثقل من الحديد والنحاس وشرطه كون القاتل مكلفاً اي عاقلا بالغا لان الصبي والمجنون ليسا اهلا للعقوبات وهو منها خطأ وكون المقتول معصوم الدم ابدا بالنظر الى القاتل والمراد بمعصوم الدم ان يكون مسلما او ذمياً واحترز بقوله ابدا عن المستأمن و بالنظر الى القاتل احترازعما اذا قتل زيد بكرا عمدا حتى وجب عليه القصاص ثم قتل بشر زيدا فان زيدا لم يكن معصوم الدم بالنظر لاولياء بكر لكن كان معصوم الدم بالنظر الى بشر ابدا ولذا وجب على بشر القصاص ان كان قتل زيدا عمدا والدية ان كان خطأ وحكمه الاثم لقوله تعالى (ومن يقتل مؤمناً متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها) والقود عيناً الا ان يعفو وليه او يصالح ببدل لان الحق له وحرمان الارث ولا كفارة فيه

واما شبه العمد فهو قتله قصدا بغيرما ذكر كالعصا والسوط والحجر الصغير وحكمه الاثم والكفارة وهي تحرير رقبة مؤمنة ان قدر عليه والا فصيام شهرين متتابعين ودية مغلظة على العاقلة وهي مائة من الابل لها شروط مخصوصه مشددة واما الخطأ فهو اما في القصد كرميه مسلما ولو عبدا يظنه صيدا او حربيا او في الفعل كرميه غرضا فاصاب آدميا واما الجاري مجري الخطأ فكنائم انقلب

على رجل او سقط من السطح عليه فقتله وحكم الخطأ وما جرى مجراه الاثم دون اثم القتل وحرمان الارث والدية مخففة ويخير فيها بين الف دينار وعشرة آلاف درهم من الفضه ومائة من الابل باستثناآت مخصوصه اسهل من المطلوبة في المغلظة وهذه مبسوطة في كتب الفقه فراجعها ان شئت واما القتل بالسبب فكاتلافه بحفر البئر او وضع الحجر في غير ملكه او خشبة على قارعة الطريق ونحوه الا ان يمشي عليه بعد علمه بالحفر ونحوه وحكمه الدية على العاقلة بلا كفارة ولا اثم القتل ولا ارث الا هنا

واعلم انه يقتل الحر بالحر وبالعبد والمسلم بالذمي لا هما بمستأمن ويقتل المستأمن بمثله والعاقل بالمجنون والبالغ بالصبي والصحيح بالاعمى والزمن وناقص الاطراف والرجل بالمرأة والفرع باصله وان علا لاعكسه اي لا يقتل الوالد بولده لانه كان سبب حياته فلا يكون سبب موته وقال صلى الله عليه وسلم (لا يقاد الوالد بولده ولا يقتل سيد بعبده ومدبره ومكاتبه وعبد ولده)

﴿ الفصل الثامن عشر ﴾
في العقوبات المانعة من الحرية

حرمان الشخص من حريته قد لا يكون عقوبة فانه يستعمل بنص مواد ٢١ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ من قانون العقوبات الاهلي بدلا عن تحصيل الغرامات والتعويضات والمصاريف وادار يا للمجانين محافظة على الامن العام واحتياطيا وتهذيبياً كالذي ذكر بمادة ٥٨ منه والحرمان من الحرية اعظم عقوبة في المجتمعات المتمدنة واشكاله في مصر كثيرة الاشغال الشاقة مؤبدا (راجع مادتي ٣٣ و ٣٤ منه) والاشغال الشاقة موقتا والسجن المؤبد والمؤقت والحبس اكثر من اسبوع والذي لا يتجاوز اسبوعا وجعل المعاقب تحت ملاحظة الضبطية الكبرى وهو كما ترى

مركب من امرين مدة العقوبة وانواعها اما المدة فتتعين في العقوبات المؤقته برأي القاضي بشرط عدم تجاوزها حدها الاكبر واعترض عليها في العقوبات المؤبدة فقيل انها لا تهذب اخلاق الجاني وانه لا يتساوي فيها المحكوم عليهم بها لعدم تساويهم في السن فاجيب بان العفو اذا تبصر فيه الحاكم ازال تلك المضار وقد قدمنا في هذا الموضوع ما فيه الكفاية في عقوبة القتل فراجعه والحد الاكبر للحبس خمس عشرة سنه والاصغر اربعة وعشرون ساعه لانه لا يجوز حبس الجاني بعض يوم والغرض من انواع الحبس المتقدمة تهذيب اخلاق الجاني فضلا عن تعذيبه هذا ونظرية الوسائل التي ينبغي اتخاذها لتهذيب المحكوم عليه وتقليل حوادث العود شاملة لمذهبي السجن والنفي فارباب السجن يعتقدون انه المؤثر الوحيد في تهذيب اخلاق الجاني فضلا عن تعذيبه وارباب النفي يجعلون هذا التأثير له فقط وقد قسم اصحاب المذهب الاول هذه العقوبة الى انواع ثلاثة (الاول) سجن الاجتماع ليلا ونهارا وهو سبب لفساد الاخلاق لانه يسمح للجناة بالتعارف والاتحاد والغرض من العقوبة منع ذلك وقد اجتهد في فرنسا في فصل المحكوم عليهم حسب درجات سوء اخلاقهم ولم يكف ذلك لمنع الفساد (والثاني) سجن الشغل بالاشتراك نهارا مع الالزام بالسكوت والانفصال ليلا ونتيجته ليست باحسن من نتيجة الاول لانه يستحيل الالزام بالصمت مع عدم استعمال عقوبة بدنية ومهما كانت الوسائل المتخذة يستحيل معها منع المواصلات بين المحكوم عليهم (والثالث) السجن الانفرادي وهو اما ان يكون حبس الجاني بأودة صغيرة لا يتكلم فيها مع الحراس او مع احد وقد اثبتت التجربة في بعض البلاد الاجنبية ان العزلة المطلقة تحدث السل والجنون وقتل النفس واما ان يكون بالحبس فيها مع التصريح له بمحادثة خدمة السجن والاشتغال بالاشغال اليدويه وبالدراسة

و بتعلم مايكون محتاجا اليه من المعارف المدرسية و بتلقي مسائل التربية والادب التي تمنعه من العود و بالخروج مرة او اثنتين كل يوم في فناء غير مسقوف ومع ذلك فهذا النوع مضر بالجاني اذا طالت مدة عقوبته غير انه محمود لتعليم المسجونين ما تقدم الا انه غير تام لعدم الاهتمام فيه بايجاد درجة بين السجن والحرية وقد ذهبت ايرلنده الى الجمع بين الانفرادي والاشتراكي فقسمت ازمنة السجن الى ثلاثة يقضي المحكوم عليه اولها بالانفرادي ولا تقل مدته عن ستة اشهر وثانيها بالاشتراكي وثالثها بمتوسط بينهما يتمتع فيه قبل اطلاق سراحه نهائيا بنصف حرية

وانكر ارباب مذهب النفي تهذيب اخلاق الجاني بالسجن وتمكنه من الانتظام في سلك المجتمع ثانياً لانه يصعب عليه حين خروجه منه الرجوع الى وظيفته اذ لا يزال الرأي العام حاكما عليه بالميل الى الشر وسوء المعاملة بعد الحكم عليه قضائيا بالسجن وتنفيذه عليه وقالوا ان للنفي مزايا لا توجد في السجن منها انه يبعد عن العاصمة المجرمين ومنها انه يأتي للمستعمرات بتيار يجد في عمرانها ومنها انه يسهل على المنفي الانتظام في المجتمع ثانياً لان المستعمرات محتاجة الى من يسكنها من الناس و يدخل في ارباب الصنائع والفنون ولو كان شريرا غير انهم قالوا ان فيه مضاراً منها انه لا يكفي عقاباً حيث انه سياحة لكن قالوا بجواز ازالتها بسجن المحكوم عليه بالنفي قبل ابعاده وقد اتبع هذا في قانون صدر في فرنسا في ٢٥ دسمبر سنة ١٨٨٠ ومنها انه يسبب مصاريف هائلة لكن بعد الاشرار عن العاصمة وتاسيس مستعمرات من شأنها ان تزيد في املاكها ونفوذ كلمتها يعوض تلك المصاريف

الفصل التاسع عشر

في العقوبات المانعة من الحقوق

نص عليها قانون العقوبات الاهلي بمادتي ٤١ و ٤٧ وسبب نص مادة ٣٧ على حرمان المحكوم عليه من تصرفاته مدة عقوبته بادارة اشغاله المتعلقة باموالة واملاكه ايجاد المساواة بين المسجونين في العقاب فيشبه المحجور عليه هنا المحجور عليه بقرار من المجلس الحسبي وهذان الحجر ان يجتمعان غرضا اذ المقصود منهما التمكين من حفظ وادارة اموال من ليس اهلا للادارة و يفترقان (اولاً) في انه يجب على قيم المعتوه الانفاق عليه بخلاف قيم المحكوم عليه فانه لا يجوز ان يسلمه شيئاً من ماله (ثانياً) يجعل الحجر الشرعي المحجور عليه غير اهل مطلقاً بخلاف القانوني فانه يبيح له فعل الاعمال الشخصية التي لا يمكن القيم ان يقوم فيها مقامه كالايصاء (ثالثاً) لا يجوز للعاقد مع المحجور عليه شرعا اذا كان اهلا الطعن في عقوده لعدم اهليته بخلاف المحجور عليه قانونا فانه يجوز لكل ذي شأن الاحتجاج ببطلان عقوده لان الحجر عليه لم يترتب لفائدته بل لزيادة تاثير العقوبة عليه وسبب الحرمان من الحقوق الوطنية انه تراءى عدم اهلية المحروم لها والمحكوم عليهم بالاشغال الشاقة مؤبدا او مؤقتاً او بالسجن او بالنفي المؤبدين يحرمون منها قانونا اي وان لم ترفع دعوى او لم ينص على حرمانهم بالحكم الذي صدر عليهم وليس للقضاة الحق في معافاتهم من ذلك الحرمان راجع مادة ٤٢ من قانون العقوبات الاهلي

(ملحوظة) لما كان الحرمان من الحقوق الوطنية عقوبة اصلية لا يتساوي فيها المحكوم عليهم بها ألا ترى ان السوقة والسفلة لا يهتمون بحقوقهم العامة والخاصة صرحت مادة ٤٢ السالفة للقضاة بان يضموا اليها الحبس عقوبة متممة لها

الفصل العشرون

في العقوبات المالية

هي عبارة عن اخذ مال اجازه القانون عقوبة على جرم واهمها الغرامة ويحكم بها على المعسر ولذلك نصت مادة ٤٩ من قانون العقوبات الاهلي على الحبس عند عدم القدرة على اداء الغرامة ولها شروط منها ان ينص عليها قانون بخلاف الغرامة المشروطة بين المتعاقدين باتفاقهم ومنها ان يصدرها القضاة بعد اثبات التهمة على المتهم ومنها ان تصدر بناء على جرم حقيقي اعنى جناية او جنحة او مخالفة فخالفت الغرامات المدنية والتأديبية وغرامات قانون المرافعات

ملحوظة ــ الغرامة المذكورة هي عقوبة سواء صدرت عن المحاكم المدنية او الجنائية لكن يندر الحكم بها في مواد الجنايات (راجع مادة ٣٣٩ من قانون العقوبات الاهلي) ويكثر الحكم بها في مواد الجنح اما منفردة او مع الحبس وهي العقوبة العادية في مواد المخالفات والقواعد التي تنطبق على العقوبات تنطبق ايضاً على الغرامة لانها شخصية فلا يجوز اخذها من الورثة ان لم يحكم بها قبل موت المتهم فاذا حكم بها قبل موته اخذت من تركته وقد اجمع على ذلك مذهب الاحكام والفتاوي بفرنسا وتتعلق بشخص المجرم فتصدر على كل مستحق لها منفردا لاقتضاء العدالة ان تكون الغرامة مناسبة للتهمة ولا تصدر على غير مرتكب الجريمة كالمسؤلين مدنيا وزعم البعض ان الحكم بالحد الاصغر للغرامة على فقير يحمله ما لا طاقة له به وبالاكبر على غنى لا يضره في شيء مع ان للقضاة تنقيص الغرامة الى اقل من حدها الاصغر القانوني وان عقوبة الحبس يضيفها القانون عليها غالبا اتماما لها

الفصل الواحد والعشرون

في العقوبات الجالبة عارا

هي عقوبات تثلم شرف وشهرة جان حكم عليه بها للاذلاله وعلى المقنن ان لا يكثر منها في قانونه لان المحكوم عليهم لا يتساوون فيها اذ منهم من يضره الاذلال فوق المطلوب ومنهم من لا يضره بحال ولانها تعدم اعتبار الانسان بين ابناء نوعه ومنها ما ذكر بمادة (٤٢) من قانون العقوبات الاهلي

الفصل الثاني والعشرون

في تطبيق العقوبات

ينبغي ان تكون العقوبة مناسبة لاهمية الجرم المعاقب عليه ولتقرير التناسب بينهما طريقتان (الاولى) عملية عامة كتعيين عقوبة القتل والسرقة والحريق وغير ذلك والثانية خاصة كتعيين القاضى ما ينبغي اصداره من العقوبة على هذا القاتل وذا السارق ونحوهما وهذا التفصيل اساسي يتصدر به تطبيق العقوبات ويسمى الاتهام القانوني والقضائي

الفصل الثالث والعشرون

في احوال تشديد العقاب

تنقسم هذه الاحوال الى قانونية وقضائية فالاولى هي المدونة بالقانون وحكمها انها تغير نوع الجريمة المتوقف على طبيعة العقوبة كنص مواد ٣ و ٤ و ٥ من قانون العقوبات الاهلي فيجب على القاضي اثباتها في حكمه وتنقسم الى ما تتعلق بركن الجريمة المادى كارتكاب السرقة ليلا او في بيت مسكون والى ما تتعلق باتهام مرتكب الجرم كالتصميم في القتل وفائدة هذا التقسيم ان الاولى لما تعلقت بالجرم نسبت الى كل من اشترك في ارتكابه سواء كان فاعلا اصليا او مشتركا

بخلاف الثانية فانها لا تلحق الا من تحققت فيه دون سواه وتنقسم ايضا الى عامة وخاصة فالاولى هي التي تشمل جميع الجرائم والثانية هي التي تلحق بعضها فالكسر والتسلق احوال تشديد خاصة بالسرقة والعود الى ارتكاب الجرم من احوال التشديد العامة والقضائية ما تترك الى فطانة القضاة ولا حاجة لذكرها في الاحكام

الفصل الرابع والعشرون

في احوال تخفيف العقاب

تنقسم ايضاً احوال التخفيف الى قانونية وقضائية فالاولى ما ذكرت بالقانون وتغير نوع الجرم كالاعذار المذكورة بمادة ٦٢ من قانون العقوبات الاهلي فانها تخفف العقوبة المقررة قانوناً والثانية لا تدخل تحت حصر « راجع مادة ٣٥٢ منه » التي يؤخذ منها فضلا عن ذلك ان للقضاة تنقيص العقوبة عن حدها الاصغر وانه ليس لهم تجاوز حدها الاكبر ولو عظمت اسباب التشديد المذكورة بالقانون لان الشفقة بالقانون اكثر مراعاة

الفصل الخامس والعشرون

في سقوط العقوبات

اسباب سقوط العقوبات تنفيذها وموت الفاعل وموت شريكه والعفو التام وغير التام ومضى المدة المعينة بالقانون لذلك — فاما سقوطها بتنفيذها فيشبه سقوط الديون بسدادها واما موت الجاني وشريكه فاما ان يقع قبل الحكم عليه او بعده ففي الحالة الاولى تسقط العقوبة المالية والبدنية وفي الثانية تسقط العقوبات البدنية والمانعة من الحقوق واما المالية فتؤخذ من الورثة

واما العفو التام فهو امر يصدر من الجناب العالي بعد مخابرة مجلس النظار وهو قبل الحكم يوقف سير القضية وبعده يجعل العقوبة والجرم والحكم كان لم تكن ويتأيد حق العفو الذي قررته الازمان وقبلته جميع البلدان بالمنفعة الجائز نوال المجتمع لها من محو بعض الجرائم من الاذهان ولما اقتضت المنفعة اي احد ركني حق المجتمع في العقاب العفو كان سبباً لنقض اساس حق المجتمع في العقاب وتسقط الدعوى العمومية بالعفو فلا يجوز للمعفو عنهم بعد صدوره ان يطلبوا النظر في قضيتهم لاجل ابرائهم قضائياً بذلك اذ ليس هناك عظيم فائدة في طلبهم النظر في جريمة يريد المجتمع جعلها نسيا و بجعل الحكم كأن لم يكن يخلى سبيل المحكوم عليهم بعقوبات بدنية ولا تستحق الغرامات والمصاريف التي للحكومة و يرد ما دفع منها و بالجملة فاذا ارتكب المعفو عنهم جرائم بعده لا يعد ذلك عودا منهم فيشدد عليهم العقاب هذا و يبقى العفو الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة لان الحقوق المدنية من حقوق بعض الناس وهو لا يمحو الا ماهو جنائي واما العفو غير التام فهو امر يصدر من الجناب العالي بعد مخابرة ناظر الحقانية يلغي العقوبة كلها او بعضها او ينص على استبدالها باخف منها و يفترق عن الاول في انه يبقى الجرم والحكم و يمنع من تنفيذه فقط و به يتعدل خطأ القوانين والاحكام البشرية وتتقي اخطار العقوبات المؤبدة او عقوبة القتل فهو في الشرائع الوضعية كمتمم لعدالة المجتمع ولا يصدر الا عند صيرورة الحكم نهائيا حيث لا فائدة فيه لمن يتمكن من اظهار براءته بالغاء الاحكام الابتدائيه والاستئنافيه وحيث ان سلطة المجتمع لا تتنازل بالعفو عن حقها في تنفيذ العقوبة الجنائية الا اذا صار الحكم نهائياً ولا يجوز اباء الانتفاع به كأباء فقير معدم العفو عن الحبس مثلا ليتوصل بالدخول فيه الى معيشته لانه ليس للمحكوم عليه حق في العقوبة بل تتوقع عليه

ولا جائز ان يتمكن من اكراه سلطة المجتمع على عقوبة تراها مخالفة للعدالة او لمنفعته واذا لم يمح العفو غير التام كل ما جاء به الحكم فيبقى الحكم فيما لم يجيء به عفو فالعفو عن العقوبة الاصلية لا يمنع من توقيع العقوبة الثانوية كالحرمان من الحقوق الوطنية على المحكوم عليه «راجع في العفو مادة ٣٥٣ عقوبات» واما سقوطها بالمدة المعينة فتراجع فيه مواد ٢٤٩ و ٢٥٠ و ٢٥١ من قانون تحقيق الجنايات الاهلي

﴿ الفصل السابع والعشرون ﴾

في الاشتراك

هو الرابطة بين اثنين او اكثر في فعل جناية او جنحة وفق ما نص عليه بمادتي ٦٧ و ٦٩ من قانون العقوبات الاهلي

ولما كان المشارك يستحق عقاباً اقل من الفاعل فنقول ان معاقبة المقنن في المادة ٦٧ المشارك مثل عقوبة الفاعل غير موافق للعدالة

وشروطه اربعة (الاول) ان يكون الفعل المشترك فيه اصليا يعاقب عليه القانون (والثاني) ان يكون هذا الفعل جناية او جنحة كما ذكر بمادة (٦٧) من قانون العقوبات الاهلي (والثالث) ان يكون نوع الاشتراك مما ذكر بالقانون (والرابع) ان يحصل الاشتراك بعد العلم والارادة ولنتكلم على شيء يتعلق بهذه الشروط فنقول — يفهم من الشرط الاول ان لا عقاب على مشارك في فعل غير اصلي لا عقاب عليه او في فعل اصلي كذلك كمشارك قاتل نفسه وانظر هذا مع ما تقرر في الشريعة الاسلامية من تحريم قتل النفس وعقاب المشارك في الدنيا والآخرة ولعمري ان هذه سقطة في القانون وزلل كان يجب التحرز منه والعجب ان حجتهم في ذلك عدم لزوم اشتغال القانون بما هو مندرج في مسائل علم الاخلاق

وهي حجة تكذبها الشواهد والامثال الكثيرة من اقوال بنتام وغيره مما ذكرناه ومما لم نأت على ذكره وكمشارك لغير معتاد على جريمة مشترط في المعاقبة عليها التعود على اقترافها كمشارك من اغرى انساناً على تحريض الشبان على الفجور مرة واحدة « راجع الفقرة الاولى من المادة (٦٨) السالفة والمادة (٢٤٩) من قانون العقوبات الاهلي وكمشارك معفو عنه عفوا تاما وكمشارك من سقط الحق في اقامة الدعوى عليه راجع المادة ٢٥٢ من قانون تحقيق الجنايات الاهلي » و يؤخذ من مادة (٦٧) من قانون العقوبات الاهلي السالفة الذكر ان لا عقاب على من ساعد او حرض آخر بهدية او غيرها على اقتراف جريمة اذا اعرض هذا الآخر عن مجرد الشروع وتمام الارتكاب ولو خالف هذا الاعراض ميل هذا المساعد الذي يعتبر شريكا اما اذا ارتكب الجريمة فتندم المشارك بعد هذا لا يجدي نفعاً فلا يمنع من توقيع العقوبة عليه

والمراد من الشرط الثاني ان لا يكون اشتراك في المخالفات » لعدم اهميتها ولانها ليس فيها كبير ضرر بالمجتمع فلا يتعدى بالعقوبة الى غير فاعلها غير انه قد ذكر بالمادة (٣٤٦) من قانون العقوبات الاهلي استثناء من ذلك فانها عاقبت المشارك في مخالفة حصول لغط موجب لتكدير راحة السكان سواء كان اللغط ليلا او نهارا او مشتملا على سب اوقذف ثم المراد من المخالفة كل فعل عوقب عليه بعقابها ولو كان جنحة

و يفهم من الشرط الثالث ان لا يكون للقاضي الحرية التامة في وصف افعال الاشتراك وانه ينبغي له ان يبين في حكمه ان مادة الاشتراك التي رفعت عليه من احواله المبنية بالقانون

والمراد بالعلم بالشرط الرابع انه لا يعد شريكا الا من علم بالجناية التى يساعد على اقترافها واذا عرفنا ان العلم شرط في الاشتراك فهل يستلزم هذا وجوب ذكره بالقانون اولا الجواب يستلزمه فيما لا يتضمن علما من احوال الاشتراك كاعانة الفاعل على الاعمال المجهزة او المسهلة او المتممة لفعل الجناية او الجنحة راجع الفقرتين الثانية والثالثة للمادة ٦٨ ولا يستلزمه فيما يتضمن العلم منها كالتحريض المذكور بالفقرة الاولى من هذه المادة والمراد بالارادة فيه ظاهر للتأمل

« فائدة » اذا كان مرتكب الجريمة اكثر من واحد فقد لا تكون درجة اشتراك كل في الجريمة واحدة ولذلك تقرر بالشرائع الحديثة تسميتهم تمييزا لهم عن بعضهم بفاعلين اصليين او فاعلين مع سواهم او مشتركين وتقسيم افعالهم الى ارتكاب اصلي وتبعي كالاشتراك وقد ذهبت تلك الشرائع في المراد من كلمة فاعل الجريمة الاصليّ الى ثلاثة مذاهب « اولها » انها تطلق على المنفذ لمادة الجريمة والمباشر ذلك مع الاول ومحرض الغير على ارتكابها ففاعلو القتل هم من دفع اجرة للقاتل ومن قتل ومن منع المجني عليه من الدفاع عن نفسه « وثانيها » انها تطلق على المنفذ والمباشر دون المحرض « وثالثها » انه لا يراد بها الا المنفذ - وارجح هذه المذاهب هو الثالث لانه يفرق بين الفاعلين الاصليين والفاعلين معهم والمشتركين واتبع المقنن المصري هذا المذهب فجعل المحرض شريكا كسواه في مادة الاشتراك فقط راجع الفقرة الاولى من المادة ٦٨ السالفة الذكر وجعل استثنائياً التحريض على حمل السلاح لقتال الحكومة او تحريض عصبة لتخريب جهة او اكثر او نهب سكانها من الجرائم الاصلية « راجع المواد ٧٧ و ٧٨ و ٧٩ من قانون العقوبات الاهلي »

« احوال الاشتراك » قد دونت احوال الاشتراك بمادتي ٦٨ و ٦٩

السالفتين وهذه الاحوال اما ان تكون معنوية كالتحريض او مادية كاعطاء الاسلحة والآلات المساعدة على ارتكاب الجناية او الجنحة وهي بالنسبة لزمن وقوعها اما ان تقع قبل اقتراف الجريمة او اثناءه او بعده وشرطها ان تكون فعلا لا امتناعاً فلا يعد شريكا من لم يبلغ جريمة تحتم حصولها ولا من كان يقدر على منع الجريمة ولم يمنعها ليساعد مقترفها ولو كان ذلك باتفاق الا ان عدم التبليغ اذا كان من موظف قد يعاقب عليه كما ذكر بمادتي ١٣٧ و ١٣٨ منه

﴿ الفصل الثامن والعشرون ﴾

في العود

العود هو رجوع محكوم عليه نهائيًا باحدى عقوبات المادة الثالثة من قانون العقوبات الاهلي الى ارتكاب جناية او جنحة او المحكوم عليه بحبس أزيد من سنة او بنفي مؤقت الى ارتكاب جنحه « راجع في ذلك مواد ١٣ و ١٤ و ١٥ و ١٦ و ١٧ و ١٨ منه » واذا راجعت هذه المواد رأيت ان فيها تشديدا على العائد والسبب فيه أن العود يدل ولو اعتباريا على اصراره على مخالفة القانون وعدم كفاية عقاب جريمته لزجره وتأديبه

﴿ القسم الثاني من قانون الجنايات ﴾

﴿ الفصل التاسع والعشرون ﴾

في المحاكم الجنائية

لاجل معرفة تشكيل واختصاصات المحاكم المكلفة بتطبيق مواد قانون العقوبات ينبغي اتباع القواعد الآتية وهي ثلاث (القاعدة الاولى) ان السلطة التي لها المراقبة والنظر في المواد المدنية والجنائية واحدة وذلك ان لناظر الحقانية المراقبة العامة على المحاكم المدنية والجنائية ولقاضي المواد الجزئية الذي يحكم في

المواد المدنية الجزئية الحكم في المخالفات وفي بعض الجنح بموجب دكريتو سنة ١٨٩٠ وفى جميعها بنص الامر العالي الصادر في سنة ١٨٩٢ ولمحكمة اول درجة التي يلتحق بها قاضي التحقيق الجنائي الحكم في استئناف الاحكام الصادرة من المحاكم الجزئية الا في حالتين يكون النظر فيهما امام محكمة الاستئناف وهما اذا كانت تزيد مدة الحبس عن سنة واذا كان الاستئناف مرفوعا من النيابة وكان اقصى العقوبة يزيد عن سنه هذا ولا يراد بذلك انه ليس بين المدنية والجنائية اختلاف بل بينهما فرقان (الاول) اختلاف عدد القضاة في تشكيل محاكمهما (والثاني) لغو قاضي التحقيق في المواد المدنية بناء على التغيير النهائي الذي حصل في تشكيل المحاكم وعدم لغوه في الجنائية (القاعدة الثانية) ترتيب الدرجات التصاعدي بين هذه الدوائر والمحاكم المختلفة (القاعدة الثالثة) كما ان الجرائم تنقسم الي مخالفات وجنح وجنايات كذلك تنقسم المحاكم الى محاكم مخالفات وجنح وجنايات وفي هذا الترتيب اتبع القانون قاعدة تقسيم العمل الاقتصادية بان عهد الى سلطات متباينة وظائف اقامة الدعوى والتحقيق والحكم والتنفيذ وقرر ان العمال الذين يقومون بأحدى هذه الوظائف لا يمكنهم الاشتغال بغيرها نعم المخول لهم مساعدة تطبيق قانون العقوبات هم رجال الضبطية القضائية المكلفون باعمال البحث عن الجرائم واقامة الدعوى في المخالفات اذا انتدبهم احد اعضاء النيابة لذلك هذا ورجال التحقيق يكلفون بالقاء النسبة على المتهم اذا ثبتت جنايته أو برفع الدعوى اذا لم تثبت ورجال القضاء يحكمون عليه او يبرؤن ساحته واعضاء النيابة يقومون برفع الدعوى العمومية و بتنفيذ الاحكام الجنائية بالقوة العمومية ووظائف الضبطية القضائية والنيابة العمومية يقوم بها اناس تحت اوامر ومراقبة رؤسائهم واما وظائف المحاكم التي تنحصر في المداولة والحكم فيعهد بها الى دوائر

مركبة من اشخاص يصدرون احكاماً قابلة للتعديل واللغو وليس لاحد اصدار أوامر لهم بكيفية القيام بوظائفهم ورجال الضبطية القضائية واعضاء النيابة العمومية تابعون للجناب لخديوي الذي له عزلهم واما القضاة فهم غير قابلين للعزل

القسم الثالث لقانون الجنايات

الفصل الثلاثون

اجراآت تطبيق العقاب على الجرائم

هي عبارة عن السير الواجب اتباعه في اثبات الجرم على الجاني بحيث يكون دليل الثبوت منتجاً لارتكابه ولا محالة ومن هذه الاجراآت ما يجب على البوليس القضائي ومنها ما يجب على النائب العمومي ومنها ما يجب على قاضي التحقيق ومنها ما يجب على المحاكم لانها كلها عبارة عن تحقيق الجريمة وهم المكلفون بتحقيقها دون سواهم و بيان ذلك ان الجريمة قبل حصولها يكاف البوليس الاداري بمنعها فان حصلت فاما ان تكون مخالفة او جنحة او جناية فان كانت الاولى قدمت للمحكمة من النيابة بدون تحقيق ابتدائي او تحضيري لتحققها و يعتبر نهائياً وتحكم فيها بما ترى وان كانت الثانية وجب ان يحققها البوليس القضائي ابتدائياً ثم يرسل اوراق قضيتها للنيابة العمومية ولها الخيار في ان تطلب من قاضي التحقيق تحقيقها تحضيريا اولا ثم تقدم للمحاكم لتصدر حكمها فيها بعد ان تحققها نهائياً واذا كانت الثالثة وجب على البوليس القضائي تحقيقها ابتدائياً ثم ارسل الاوراق للنيابة العمومية وتلزم بطلب تحقيقها تحضيريا من قاضي التحقيق ثم تقدم للمحاكم لتحكم بعد ان تحققها نهائياً ومن ذلك يتلخص ان التحقيق ثلاثة انواع ابتدائي و يعهد به للبوليس القضائي ونهائي وهو تحقيق المحكمة وتحضيري وهو ما عداهما وانه ليس في

المخالفات غير التحقيق النهائي وان التحقيق التحضيري واجب في الجنايات مخير فيه في الجنح وان التحقيق النهائي واجب في جميع انواع الجرائم ثم اعلم ان ما قدمناه هو في غير الجرائم المتلبس بها واما المتلبس بها فلقاضي التحقيق ان يحققها بلا طلب من النيابة وللنائب تحقيقها مباشرة للوقوف على حقيقتها قبل الالتباس

(خاتمة) محاكم التحقيق هي قاضي التحقيق واودة المشورة

الفصل الواحد والثلاثون

في الحبس الاحتياطي

هو سجن المتهم قبل الحكم عليه لاجل التمكن من معاقبته ان كان مجرماً بأسهل وسيلة وله فوائد اخرى منها عدم اختلاط المتهم بمن يعلمه كيف يحتال لتبرئة نفسه من التهمة ومنها انه اسلم في اقرار المتهم من الضرب والايلام الذي كانت تتخذه في الازمنة السالفة بعض الحكام ولا غرو ان يكون هذا الحبس من حقوق الحكومة فان لها التصرف في الحياة لفائدة المجتمع الا انه يجب عليها ان لا تستعمله الا على قدر الضرورة لان في اطالته على المتهم من حصول ضعف احساس النفس ما لا يحتاج الى بيان فضلا عن انه قد يورث ذهول البريء عن الدفاع عن نفسه خصوصاً اذا اكثر المحقق عليه الاسئلة وحينئذ فالواجب عليه ان يتلطف به عند السؤال وان يتنبه الى اجوبته حتى يصل الى الحقيقة من غير اكثار (راجع في الحبس الاحتياطي مادة ٤ من ديكريتو ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤)

الفصل الثاني والثلاثون

في اقسام المحاكم الجنائية

تنقسم المحاكم المكلفة باصدار الاحكام على الجانين الى عادية واستثنائية

فاما الاولى فهي التي لها الحق العام في الاختصاص بالحكم في الجرائم وهي المدونة بقانون المحاكم الاهلية اي محاكم المخالفات والجنح والجنايات واما الثانية فهي التي لها حق خاص في ذلك الاختصاص وهي ايضاً ما لم تدون في القانون الاهلي كالمحاكم العسكرية

الفصل الثالث والثلاثون

في العدالة الجنائية

يجب على المحاكم اصدار الحكم موافقاً للذمة بحيث ان يكون المتهم مقرا في نفسه باستحقاقه العقوبة المحكوم عليه بها و ينبغي تحقق المحاكم من ارتكاب الجاني او شريكه للتهمة بقصد جنائي والا كان اساس العقاب الظلم وحينئذ فعلى القاضي ان لا يحكم بصفته مفسرا للقانون بل بصفته منتدباً للقضاء بين الناس بالعدل قال « باكون » لا شيء أشد تعذيباً من الم القوانين ولو قال من الم القضاء لكان اولى الا ترى امتناع الامام الاعظم ابي حنيفة عنه

الجزء الرابع

في القانون الخاص

الباب الثامن

في الجنسيات وموضوع القانون المدني

الفصل الاول

محل نظرية الجنسيات من اقسام القانون وكيفية تكونها

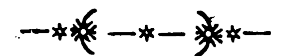
نظرية الجنسية مشتركة بين القانون العام والقانون الخاص فدراستها طريق الانتقال الطبيعي من احد القانونين الى الآخر والمتبع في الحصول على الجنسية

العثمانية وفقدها هو القانون الشاهاني الصادر في سنة ١٨٦٩ والظاهر انه لما كان للجناب العالي السلطة الممنوعة من بعض امور لا دخل لها في الجنسية كان له الحق في ان يمنح او يمنع الاجانب جنسية العثمانيين واما الجنسية المصرية فلم تدون بقانون ومع ذلك فقد ذكر بالمادة (٥) من ديكريتو غرة يونيه سنة ١٨٩٣ ومادة ٤ من ديكريتو ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٣ انه ينبغي ان يكون طالبو التوظف الملكيين بالقسم العالي رعايا عثمانيين مولودين بمصر او مقيمين بها دائمًا اومنذ خمس عشرة سنة واعلم ان وكلاء الدول لهم حماية الرعايا العثمانيين فتغالوا فيها حتى جعلوها وراثية فاتفقت الدولة العثمانية مع الدول ومنعوا هذا الغلو باللائحة العثمانية الصادرة في سنة ١٨٦٣ فقد ذكر بها ان الحمايات الممنوحة قبل هذه السنة تكون وراثية والتي تحدث بعد تنفيذ اللائحة تكون شخصية ثم لما استحال عادة ان تكون الناس امة واحدة تكونت الجنسيات من وحدات ثلاث وهي وحدة ارض المملكة ووحدة الاخلاق ووحدة الاديان

الفصل الثاني
في موضوع القانون المدني

موضوعه القانون الخاص وتعيين الحقوق الشخصية (وهذا التعيين على نوعين عام وهو ما صدر من المقنن وخاص وهو ما صدر من المحاكم) وحل المشكلات وفصل الخصومات المدنية اذا لم يتيسر فصلها بطرق عرفية هذا

ولما كان الغرض من القانون ضبط علاقات الافراد بين بعضهم او بينهم و بين الاموال وجب الكلام على الاشخاص والاموال بهذا الترتيب فنقول



الباب التاسع

في الاشخاص

الفصل الاول

في الشخص ومجموع امواله اي دخله وخرجه

الشخص هو الذات الجائز ان يكون لها او عليها حقوق وهو اما ان يكون ذاتياً او اعتبارياً فالأول هو الانسان والثاني هو جملة اناس اشتركوا للحصول على منافع مادية اوادبية بحيث يجوز ان يكون لمجموعهم اوعليه حقوق غير التي لافراده اوعليهم كالحكومة المصرية فانها مؤلفة من افراد القطر ولها وعليها حقوق غير ما لكل فرد على حدته او عليه منها وكبعض الشركات المدنية والتجارية ايضاً ـ ومجموع اموال الشخص هو جملة ماله وما عليه من الحقوق وقد استنتج من ارتباطه به جملة نتائج منها من التزم لآخر بحق جعل امواله حاضرها ومستقبلها ضامنة كما دون بمادة (٥٥٥) من القانون المدني الاهلي ومنها تسرى احكام شريعة المتوفي على تركته وهذه النتيجة من مبادئ القانون الدولي ونص عليها بالمادة (٧٧) من القانون المختلط ومنها ان الوارث الذي يقبل تركة المتوفي ولم يشترط ردها متى رآها لا تفي بجميع ديونه يلزم بسداد ديونه ولو من ماله الخاص لان من يقبل التركة يزجها بمجموع امواله فيضمن غير ان هذه النتيجة لا تسرى على اهالي مصر حيث ان القانون الاهلى احال في هذه النقطة على المتبع بالشريعة الاسلامية الغراء ومنها عدم الزام الوارث الذي قبل التركة ان وفت بديون مورثه بما يزيد من الديون على حصته في الميراث

الفصل الثاني

في الاشخاص الذاتية

يعتبر شخصاً ذاتياً كل انسان ذكرًا او انثى صبياً او بالغاً عاقلا اولا ولو كان حملاً فانه يرث مدنياً و يجنى عليه باسقاط امه فيه وتزول الشخصية بالموت فاذا هجي الميت لا يعاقب على ذلك الهجو وتقدم ما على هذا من الانتقاد

الفصل الثالث

في الاشخاص الاعتبارية

تنقسم الى عامة وهي التي انشئت لمنفعة عامة او نظام عام كالحكومة والمدن كبلدية الاسكندرية والاقاليم والمدارس العالية ومحال البر والمستشفيات والى خاصة وهي ما تكون من شخصين فاكثر اشتركوا في منافع مادية او ادبية لمنفعة خاصة كبعض الشركات المدنية والتجارية التي اعتبرها القانون كذلك

واعلم ان هذه الذوات الاعتبارية قد جعلتها الشرائع قليلة جدًّا وذلك لسببين (الاول) ان تلك الذوات اذا نمت واتسع نطاقها زاد عدد عمالها زيادة هائلة حتى يخشى منها مقاومة الحكومة « والثاني » ان اموالها قد تحتكر لها لعدم احتياجها لبيعها وقد علم من الاقتصاد السياسي ان في تداول الاموال منفعة عامة فانها تحسن وتزيد قيمتها بانتقالها من يد الى اخرى فضلا عما فيه من نمو ايراد الحكومة بتحصيل رسوم انتقال الملكية

(تنبيه) لقد سبق ان للذوات الاعتبارية وعليها حقوقاً غير التي تكون لاعضائها وعليهم كما لو باعت الشركة بضائع لزيد فيكون الثمن لها عليه لا للشركاء وكما لو سلف احد الشركاء صديقاً له مبلغاً فانه يكون دائناً له دون الشركة ويستنتج من ذلك جملة نتائج منها ترفع الدعوى عليها باسمها بواسطة النائب عنها او مديرها فيعلن

احدهما لا سائر الشركاء لتعذر اعلانهم جميعاً ولكثرة مافيه من المصاريف فلو اردت رفع دعوى على الكريدي ليونيه او الدائره السنية اعلنت مدير الاول اوناظر الثانية وهكذا « راجع مادة ١٠ من قانون المرافعات الاهلي » ومنها انه اذا صارت الشركة في حالة التصفية تسدد ديونها من مجموع اموالها اولا ثم يوزع الباقي على الشركاء فلا يأخذون شيئاً قبل التوزيع ودائنوهم بالاولى وذلك لانها كالتركة لا يؤخذ منها شيء حتى تسدد ديونها وفق ما جاءت به الشريعة الغراء ومنها ان المقاصة لما كانت نوعاً من وفاء الدين يحصل حتما بدون علم المتقاصين اذا كان كل منهما دائنا ومدينا للآخر لم تحصل الا بين الشركة ومدينها مباشرة بحيث اذا كانت الشركة مدينة لز يدفليس لها ان تطلب المقاصة بما لها من الديون على الشركاء الدائنين له واعلم ان الشرائع قبلت شخصية تلك الذوات الاعتبارية لأمرين (الاول) انه لولاها للزم حضور جميع اعضائها في الدعوى وهو امر يصعب اجراؤه في غالب الاحيان (والثاني) ايجاد ثقة بها لجميع معامليها كالدائنين لما اسلفنا من انهم يقدمون في استيفاء ديونهم على الشركاء ودائنيهم

الفصل الرابع

في المقارنة بين الشركة والملك على الشيوع

الشركة عقد بين اثنين فا كثر يلتزم به كل من المتعاقدين وضع حصه في راس المال لاجل عمل مشترك بينهم وتقسيم الارباح التي تنشأ عنه بينهم بخلاف الملك على الشيوع فانه حالة كثيرين يملكون بنسب مختلفة ما لا لم يقسم بينهم و يؤخذ من هذين التعريفين فروق بينهما (الاول) ليس على الشريك جبر في الدخول في الشركة بخلاف الملك على الشيوع فقد يكون فيه جبر كما في حالة الميراث (والثاني) القصد من الشركة الربح بخلاف الملك على الشيوع فلا يقصد

به الربح دائمًا (والثالث) قد تكون الشركة ذاتا اعتبارية بخلاف الملك على الشيوع فانه ليس كذلك فاذا رفعت دعوى على الملاك فيه تقام عليهم جميعاً (والرابع) حقوق مالكي المشاع واحدة بالنسبة لكل منهم بمعنى انه لا يجوز لاحد الملاك التصرف فيه بدون رضا الآخر بخلاف الشركة فان عقدها يشترط فيه ان يكون لاحد الشركاء الحق في التصرف باموال الشركة و يكون له ادارتها (والخامس) الملك على الشيوع وقتي يجوز ازالته بطلب القسمة (راجع مادة ٦٢١) من قانون المرافعات الاهلي بخلاف الشركات فلها على الدوام مدة ثابتة معينة

الفصل الخامس

في التجار وغيرهم

كل من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها حرفة معتادة له فهو تاجر سواء أكان شخصاً ذاتياً أم اعتباريا فمن لم يشتغل بالمعاملات التجارية او لم يتخذها حرفة معتادة له فليس بتاجر

وقد عرف القانون التجاري الاهلي المعاملات التجارية بذكر انواعها بالمادة الثانية منه وانا ان نذكر تعريفا عاما يشمل الانواع المذكورة وهو المعاملات التجارية اعمال يقصد منها الربح شراء كانت لاجل البيع (بشرط ان يكون الشراء من نوع المذكور بالمادة الثانية من القانون السالف) او مقاولة أو خدمة للغير — ووجه تقسيمنا الاشخاص الى تجار وغيرهم امور (الاول) ان التجار يلزمون دون غيرهم بان يكون لهم دفاتر يقيدون فيها اعمالهم (راجع المادة ١١ وما يليها من قانون التجارة الاهلي) وسبب ذلك انه لما كانت اعمالهم كثيرة لزم ان تكون منتظمة واضحة ولا يتم ذلك الا باستعمال الدفاتر التي يجوز قبولها للاثبات في المواد التجارية (راجع مادة ١٧ من قانون التجاره الاهلي) بخلاف غيرهم فان

اعمالهم قليلة لا تحتاج الى ما ذكرنا فلا تكون وسيلة للاثبات ولذلك عوقب التاجر الذي لا يتخذ له دفاتر او يهمل مسكها بما ذكر بمادتي ٣٠٥ و ٣٠٩ من قانون العقوبات الاهلي لاعتباره متفالساً بالتدليس او بالتقصير (والثاني) انه يلزم التاجر اعلان الشروط المتفق عليها مع زوجه في عقد نكاحه وسبب ذلك ان الغير يهمه معرفة حالة علاقات الزوجين حتى يثق بمعاملته فان الزوجة اذا كانت دائنة له وآخذة عليه تأميناً لدينها قلت الثقة به بخلاف ما اذا لم يكن كذلك (والثالث) يجب بنص مادة (١٩٨) من قانون التجارة الاهلي على كل من افلس ان يقدم تقريره بانه وقف عن ديونه للمحكمة الكائن محله في دائرة اختصاصها في ظرف ثلاثة ايام من يوم وقوفه عن دفع ديونه وبنص مادة (١٩٩) منه ان يرفق بتقريره المذكور الميزانية اللازمة او يذكر فيه الاسباب التي منعته عن تقديمها وبنص مادة (٢٠٠) منه ان يجعل هذه الميزانية محتوية على جميع امواله منقولة كانت اوثابتة وعلى تقويمها وعلى بيان ماله اوعليه من الديون وبيان الارباح والخسارة ولا يلزم بذلك الا التاجر كما رايت وسبب الزامه انه علم بالمشاهدة ان التاجر الذي يقع في الافلاس لا يربح في تجارته ابدا اذ استمر فيها فكان الزامه بما تقدم مفيدا لمعامليه اذ به تحصل تصفية تجارته مباشرة فلا يتمكن من الاستمرار في العمل «والرابع» توجد في المحكمة المختلطة دوائر قضائيه تحكم في قضايا التجارة ودوائر مدنية تحكم في القضايا المدنية راجع مادة ٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة وسبب ذلك ان لقضايا التجارة نظريات علمية مخصوصة فلا يسوغ الحكم فيها الا لمن تدربوا عليها وعرفوا العوائد والعرف التجاري «والخامس» وهو اهمها ان كل تاجر وقف عن ديونه يعتبر في حالة الافلاس و يلزم اشهار افلاسه بحكم يصدر بذلك كنص مادة (١٩٥) من قانون التجارة الاهلي و يترتب على افلاسه عدم

جواز ادارته ماله والتصرف فيه فلا يجوز له الشراء ولا البيع ولا غيرهما وقيام وكيل التفليسة بادارته والتصرف فيه واستحقاق ديون المفلس التي لاجل وحرمانه من الحقوق السياسية فلا يجوز له ان ينتخب بالفتح او ينتخب بالكسر وانه لا يحصل تفليس لغير التاجر وسببه ان القانون يريد الوقوف على حقيقة تجارة المفلس وان طريق وصوله اليها هو نظام التفليس الذي به يعلم ما للتاجر فيقسم بين دائنيه وقد خالف قانوننا في هذا قوانين انكلترا والمانيا لان المعسر سواء أكان تاجرا ام لا يعلن حسب نصوصها مفلسا (راجع قانون انكلترا الصادر في سنة ١٨٨٣ والمانيا الصادر في سنة ١٨٨٠) وذهب بعض متشرعي اوروبا الى ان مذهب انكلترا وألمانيا هو الصحيح لانه كما ينبغي الالتفات الى اعمال التاجر المفلس بتصفية تفليسته بعد حرمانه من ادارة امواله ينبغي رعاية غير التاجر المعسر بما ذكر

(مسئلة غريبة) قد يحصل ان تتكلف الحكومات ببعض خدم عمومية تجارية كالسكك الحديدية فهل تعد تاجرا الجواب حصلت في مصر دعاوي من هذا القبيل فذهبت المحاكم المختلطة في قضية مصلحة وابورات البوسته الخديوية الى ان الحكومة المصرية تاجر وفي قضية مصلحة السكك الحديدية الى انها ليست بتاجر راجع حكمها الصادر في ٤ يناير سنة ١٨٨٨

﴿ الفصل السادس ﴾

في الاهلية وعدمها

الاهلية هي كون الشخص قادرا على اكتساب حق او يمكنه الالتزام بتعهد وعدمها ضد ذلك والاهلية هي الاصل وعدمها طارئ فالاصل ان الكل اهل للتعاقد ان لم ينص صريحا بعدم الاهلية لان كل ما لم يحرمه قانون جائز وتنقسم عدم الاهلية اولا الى عدم الاهلية للولاية على غير الاهل اذا كان قاصرا او

معتوها وعدم الاهلية لاجل عقاب المحكوم عليه كالتي ذكرت بالمادة ٣٧ من قانون العقوبات الاهلي وانما تقررت لانه اذا جاز للمحكوم عليه بما ذكر بهذه المادة التصرف في امواله اخذ يخفف بها وطأة عقابه بالهرب من السجن ونحوه وثانياً الى عدم الاهلية المعنوية وعدم الاهلية المادية فالمعنوية ما تحرم شخصاً من اكتساب حق بنفسه او بوكيل عنه حرمانا تاما والمادية ما تمنعه من مباشرة حق بنفسه ولا تمنعه من مباشرته بوكيل عنه كعدم اهلية القصر والمحجوز عليهم لان لهم ان يبيعوا و يبتاعوا بوكيل عنهم لا بانفسهم وثالثاً الى عدم قدرة مطلقة وعدم قدرة مقيدة فالمطلقة ما تمنع غير الاهل من جميع العقود كعدم اهلية القاصر والمحجور عليه والمقيدة ما منعته من اجراء عقد معين مع شخص معين كالمذكورة بالمادة (٢٥٧) من القانون المدني الاهلي وكعدم اهلية الوكلاء الشرعيين او المتفق عليهم لشراء ما كلفوا ببيعه بطريق التوكيل

« ملحوظة » عقد القاصر باطل والاصل ان هذا البطلان مقرر في منفعته دون سواه فله الاحتجاج به لا من عقد معه اذا كان من ذوي الاهلية كنص مادة « ١٣٢ » من القانون المدني الاهلي و يجوز ان يرجع العقد الباطل صحيحاً بتصديق القاصر اذا صار اهلا اما عدم الاهلية غير المقرر لمنفعة صاحبه بل لمنفعة عامة فللناس كافة الاحتجاج به

وقال سعادة احمد بك عفيفي في شرح قاعدة ان القدرة المقيدة او المطلقة في العقود تكون بموجب شريعة الامة التي ينتمي اليها شخص العاقد وهو يترافع في قضية محمد بك راتب امام المحكمة المختلطة فاذا تفحصنا اقوال اشهر الفقهاء المأخوذ بقولهم نجد ان الشرع الاسلامي يجعل البلوغ نوعين احدهما شخصي مادي والثاني حقيقي مدني والاول يكون عندما يظهر في الشخص علامات

فعليه تبين بلوغه الرجولية وهذا هو على مذهب الامام ابي حنيفة يكون في الثامنة عشرة للذكور والسابعة عشرة للاناث واما عند صاحبيه محمد وابي يوسف ففي الخامسة عشرة للاثنين والرشد عند الامام ابي حنيفه الحقيقي هو ان يصير الانسان قادرا على التصرف بماله ولو لم يقم شعائر دينه وعند الامام الشافعي عندما يكون قادرا عليه مع حفظ قواعد دينه وقال الامام مالك عندما يصلح الصغير لحفظ ماله وحسن التصرف به وقال ابن الهاشم من تلامذة الامام مالك من امكنه حفظ ماله والانتفاع به كان راشدا وان خالف قواعد دينه وقال في الاشباه من اشتهر بالسفه والتبذير لا يحسب راشدا لان سفهه يقوده الى القبائح والاتلاف ثم اذا بلغ الصغير لم يعد تحت ولاية ابيه بالنظر الى تصرفاته الشخصية اي فيما يخص الزواج والطلاق ونحوهما اما في امواله فانه يبقى تحت ولاية ابيه الى ان يرشد لان البلوغ وحده لا يحسب رشدا مدنيا والرشد المدني هو المطلوب لحرية التصرف بالمال

فيظهر من كل ذلك ان من لم يجمع صفات الرشد يحسب عاجزا ومحجورا عن التصرف بالمال والحجر يكون للاسباب الآتيه وهي الصغر والرق والجنون والعته والافلاس والتبذير اما مسئلتنا هنا فهي التبذير وكل من الامام ابي حنيفة وصاحبيه يحسبان التبذير اتلافا للمال كان ذلك ضد الشرع او ضد العقل ولو في اعمال خيرية «ابن عابدين» والمتلف هو من يبذر ماله على نفسه او دون غاية او لغاية لا يعتبرها الفقهاء صحيحة ثم الحجر بسبب الاتلاف يكون لاحد سببين احدهما بلوغ الصغير مسرفا فلم يعرف رشده شرعا بل بقي محجورا عليه والثاني اذا بلغ ورشد ثم ظهر سفهه بعد التصرف بماله فالامام ابو حنيفة لا يجوز الحجر فيهما وعنده كل عمل يعمله في الوجهين نافذ الا انه اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله

في الحالة الاولى حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة على ان عدم تسليم المال له لا يعامل معاملة الحجر عنده بل نوع تأديب لعله يأتي به الى الصواب فانه ان تصرف فيه قبل ذلك كان تصرفه نافذا لانه اذا بلغ خمساً وعشرين ولم يؤنس منه رشد فلا رجاء لرشده بعد ذلك اما على راي الصاحبين والائمة الثلاثة فيحجر على السفيه ولا يدفع اليه ماله مالم يؤنس رشده ولا يصح تصرفه فيه ولو بلغ عمره التسعين وهو المفتى به وعليه كل فقهاء الحنفيين السالفين والمتأخرين لقوله تعالى في الآية الخامسة من السورة الرابعة « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم الى قوله فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » وقد أفتى جميعهم ان ما يجريه السفيه في الحالتين المذكورتين باطل الا في الاحوال الشخصية التي لا تبطل بالهزل كالطلاق والعتاق والزواج والحدود والقصاص

ثم قال وقد اختلف الصاحبان فيما اذا كان لابد من الحجر من قبل القاضي في التبذير فأبو يوسف على انه يجب والا كان فعله نافذا الا فيما كان سبباً للحجر فان القاضي يمكنه ابطاله و يعتبر الحجر للتبذير عنده كالحجر للافلاس فانه لابد فيه من حكم القاضي اما محمد فيقول ان القاضي لا يلتزم الا بتحقيق التبذير و يكون الحجر وقتئذ ممتدا الى اول عمل تبذيري منه والحجر عنده للتبذير كالحجر للصغر والجنون لا يحتاج لحكم قاض والفتوى على قول محمد وهو الموافق لرأي الائمة الثلاثة وعلى رأي ابن رشد فيلسوف العرب وأعظم فقهاء المالكيين المعروف عند الافرنج بافار يوس فالصبي ما دام صغيرا فهو في ولاية ابيه ولا يقدر ان يتصرف بدون اذنه او اذن وليه وهو محجور عليه فاذا بلغ فلا بد من احد وجوه ثلاثة وهو اما ان يكون قد شاع رشده او لم يزل مجهولا وغير معلوم او قد

علم سفهه ففي الوجه الاول كل تصرفاته جائزة ولا يقدر ابوه على ابطالها لانه يكون قد خرج من ولاية الاب لرشده واختلفوا في الوجه الثاني والاكثر على انه يجب اعتبار الصغير الغير المميز مبذرا الى ان يتأكد رشده فان بلوغه فقط لا يعتقه من ولاية ابيه والقليل منهم يعتبرون الولد البالغ راشدا ومعتوقاً من ولاية ابيه ولا يحجر عليه ما لم يوجد سبب لذلك اما في الوجه الثالث الموافق لما نحن في صدده فالجميع على ان الصغير المشهور بالتبذير لا يخرج من تحت ولاية ابيه وكل تصرفاته باطلة من اصلها فمن هذا يرى انه بموجب المذاهب كلها لا يتم رشد الصغير بمجرد بلوغه بل يبقى محجورا عليه تحت ولاية ابيه الى حين رشده المدني فاذا مات ابو الصغير بعد ان اقام وصياً لولده كان للوصي المذكور الولاية الابوية عليه ولا يعتق الصغير من ذلك الا باجازة الولي وكل تصرف من القاصر دون اذن وليه باطل والوصي الذي يقيمه الاب قبل وفاته لا يقدر ان يعتق الصغير من الحجر الا بعد ان يكون ظهر رشده واذا مات الاب دون ان يقيم وصياً لولده القاصر فالامر باقامته للقاضي لاجل ملاحظة اموره ولا يحرر القاضي الصغير ما لم يؤنس رشده وعلى القاضي ان يحجر على اي شخص شاع سفهه ولو كان قد اعتق من ولاية ابيه بموته او بظهور رشده وتكون كل تصرفاته في هذه الحال بعد الحجر عليه باطلة اما التصرفات التي تكون قد صدرت منه قبل الحجر فان كان الصغير في ولاية ابيه ولم يتحرر منها الا بموته وقد حجر عليه القاضي والحالة هذه حالا فهي باطلة فان لم يكن الصغير في ولاية ابيه وقد مضت مدة بين موت والده والحجر عليه وقد تحقق اسرافه بتلك المدة وعدم لياقته للتصرف فتصرفاته التي قبل الحجر باطلة ايضاً ولا يخرج الصغير من ولاية الاب ولا من الحجر الا بشيوع رشده المدني اي قدرته على حسن التصرف بماله فاذا بلغ اليتيم مسرفا منعه

القاضي او لم يمنعه وطلب امواله من وصيه واذن له الوصي فالوصي مسؤل (الفتاوي الهندية وقاضيخان وتفسيرات الاحكام وابن عابدين في باب الحجر)

وعلى ذلك فرأي محمد هو الغالب والمفتي به في المذهب المالكي وقد اقتصرنا عن ذكر المذهب الشافعي والحنبلي لانهما كالمالكي في ذلك والآن اذا اردنا تطبيق هذه المبادي الشرعية الاسلامية على المسئلة الحالية اي على قضية محمد بك راتب نرى انه بموجب الاوراق المقدمة للمجلس ولا سيما الحكم الصادر بتاريخ ٢٢ القعده من المجلس الحسبي وعليه تصديق قاضي المحكمة الكبرى لم يكن محمد بك راتب قد انس منه رشدوانه بقي الى موت ابيه في ولايته ودخل بعدموت ابيه في ولاية وليه الذي عين له في الحكم المذكور اي عثمان باشا غالب المعارض حالياً ولاجل هذا لم يكن محمد بك عند امضائه الكمبيالات المرفوعه بشأنها الدعوى مالكا الصفات والقدرة المطلوبة للتصرف فان هذا الشاب وان يكن بالغاً وقتئذ فانه لم يكن مانوسا منه الرشد فلم يكن له من ثم قدرة على استدانة هذا المبلغ دون اذن ابيه لانه ان عاملناه بقول الامام ابي حنيفة فهو لم يكن قد ناهز السادسة عشرة من عمره كما يظهر من شهادة ولادته الموجودة بين الاوراق فضلا عن الثامنة عشرة المطلوبة للبلوغ عند الامام و بموجب كلام الصاحبين فانه وان كان بالغاً فلم يكن راشدا ولا قدرة للمدعى على اثبات الخلاف كما يريد واما القول بانه كان راشدا لانه كان يتصرف بعلم ابيه ولم يكن يعارضه فكان ذلك اعترافاً برشد ولده ضمنا والا لحجره حالا وتقديمه برهاناً على ذلك بعض تصرفات ولا سيما ان محمد بك راتب طلق امرأته في شهر رجب سنة ١٣٠٠ دون اذن ابيه وانه لو كان غير راشد لما امكنه ذلك فالجواب على هذا كله هو ان محمد بك راتب ببلوغه تحرر من ولاية ابيه فيما يتعلق بشخصه وليس بالنظر الى التصرف بماله فانه كان قادرا على عقد الزواج والطلاق

ونحوهما مما لا يبطل بالهزل دون ان يكون حرا من ولاية ابيه فيما يتعلق بالاموال

الباب العاشر

في الاموال

الفصل الاول

في انواع الاموال

المال هو الشيء القابل لحيازة واحداوا كثر والشيء عندالرومانيين الموجود حالا او مالا ولم يخرجوا من هذا التعريف الا الحر بخلاف العبد فانه داخل فيه وعند الالمانيين ما يدرك بالعقل وهو يشمل حينئذ المادى حيا او غير حي والمعنوي فكل مال شيء ولا عكس لان الهواء شيء وليس بمال والمحوز قديكون ماديا يحس او معنويا يدرك بالعقل ولذلك قسم الرومانيون المال الى مادي والى معنوي والمراد بالمال المادي المدرك بالحواس و بالمعنوي المدرك بالعقل كالحقوق المتعلقة بالمال المادي لكنهم لم يراعوا هذا على العموم بل جعلوا حقوق الملكية والانتفاع والارتفاق مادية من بعض الوجوه كمتعلقها لان عدم التفريق بينهما حاصل في جميع اللغات اذ لا يقال فيها عند التعبير بامتلاك بيت لي حق ملكية على هذا البيت بل يقال هذا البيت لي ولان حق الملكية يشمل جميع اجزاء المال حتى يكاد ان يكون نفسه وثمرات التقسيم امور منها ان الحيازة خاصة بالاموال المادية كالعقار والمنقول وحق الملكية واجزائه من حق انتفاع وارتفاق لاعتباره ماديا كما سلف لا المعنوية كالدين وحق المولف والصانع في مولفاته ومصنوعاته ومنها ان دعاوي وضع اليد خاصة بالمادية لانها هي التي تحاز دون سواها ولنذكر استطرادا سبب ايجاد تلك الدعاوي فنقول تقضي المنفعة العامة والنظام العام

بإستتباب الراحة بين الاهالي وهي لا تستتب بدون هذه الدعاوي التي تمنع التشويش والتجريد عن وضع اليد فهي مانعة من حصول المضاربة كل لحظة لكون اثباتها اسهل من اثبات دعوى الملكية ولكونها ترفع امام المحكمة الجزئية القريبة من مراكز المشاحنة لا امام المحكمة الابتدائية كما في الملكية وهي لا تكون كما سلف الا في الاموال المادية فلا تكون في الدين ولا في ملكية المولف او الصانع في مولفاته او مصنوعاته ولا في المنقولات ايضاً فان حيازتها كسند التمليك فالحيازة والملكية يمتزجان فيها بمعنى انه كلما ارتدت حيازتها ارتد امتلاكها والعكس بالعكس وتكون في العقار وحقي الانتفاع والارتفاق ومنها ان التملك بمضي المدة الطويلة لا يكون في المعنوي كالدين فلا يجوز ان يصير الانسان دائنا بهذا التملك وكملكية مولف او صانع في مولفاته او مصنوعاته لاستحالة حيازتها وانما يكون في المادي كحق ملكية عقار او منقول وكحقي الانتفاع والارتفاق ثم ينقسم المادي الى ما ينعدم بالاستعمال كالحبوب والدراهم وما شاكلها وما لا ينعدم به وحق الانتفاع خاص بالثاني حيث اشترط فيه رد المنتفع به بخلاف الاول فليس فيه الا شبه الانتفاع حيث لا يرد فيه الشيء بذاته لاستحالة ذلك بل الذي يرد هو بدله كما تقرر بالمادة (٢٢) من القانون المدني الاهلي وقد استمد واضع قانوننا شبه الانتفاع المذكور من القانون الروماني حيث وجد فيه تنفيذا لارادة الموصي بانتفاع بتركة فيها ما ينعدم بالاستعمال وقاس متشرعو الرومانيين الانتفاع بما ينعدم بالاستعمال على الانتفاع بما لا ينعدم به فالزموا رد مثله في الاول كما الزموا رده في الثاني فجعلوا البدل في الاول كالعين في الثاني

وينقسم المال ايضاً الى معين بالنوع كيلا اووزنا او عددا كخمسين قنطارا قطنا ومعين بالذات كالجواد المشار اليه بالاشارة الحسية ولنلاحظ ان اساس

ونحوهما مما لا يبطل بالهزل دون ان يكون حرا من ولاية ابيه فيما يتعلق بالاموال

الباب العاشر

في الاموال

﴿ الفصل الاول ﴾

في انواع الاموال

المال هو الشيء القابل لحيازة واحداوا كثر والشيء عندالرومانيين الموجود حالا او مالا ولم يخرجوا من هذا التعريف الا الحر بخلاف العبد فانه داخل فيه وعند الالمانيين ما يدرك بالعقل وهو يشمل حينئذ المادى حيا او غيرحي والمعنوي فكل مال شيء ولا عكس لان الهواء شيء وليس بمال والمحوز قديكون ماديا يحس او معنويا يدرك بالعقل ولذلك قسم الرومانيون المال الى مادي والى معنوي والمراد بالمال المادي المدرك بالحواس و بالمعنوي المدرك بالعقل كالحقوق المتعلقة بالمال المادي لكنهم لم يراعوا هذا على العموم بل جعلوا حقوق الملكية والانتفاع والارتفاق مادية من بعض الوجوه كمتعلقها لان عدم التفريق بينهما حاصل في جميع اللغات اذ لا يقال فيها عند التعبيرعنامتلاك بيت لى حق ملكية على هذا البيت بل يقال هذا البيت لي ولان حق الملكية يشمل جميع اجزاء المال حتى يكاد ان يكون نفسه وثمرات التقسيم امور منها ان الحيازة خاصة بالاموال المادية كالعقار والمنقول وحق الملكية واجزائه من حق انتفاع وارتفاق لاعتباره ماديا كما سلف لا المعنوية كالدين وحق المولف والصانع في مولفاته ومصنوعاته ومنها ان دعاوي وضع اليد خاصة بالمادية لانها هي التي تحاز دون سواها ولنذكر استطرادا سبب ايجاد تلك الدعاوي فنقول تقضي المنفعة العامة والنظام العام

باستتباب الراحة بين الاهالي وهي لا تستتب بدون هذه الدعاوي التي تمنع التشويش والتجريد عن وضع اليد فهي مانعة من حصول المضاربة كل لحظة لكون اثباتها اسهل من اثبات دعوى الملكية ولكونها ترفع امام المحكمة الجزئية القريبة من مراكز المشاحنة لا امام المحكمة الابتدائية كما في الملكية وهي لا تكون كما سلف الا في الاموال المادية فلا تكون في الدين ولا في ملكية المولف او الصانع في مولفاته او مصنوعاته ولا في المنقولات ايضاً فان حيازتها كسند التمليك فالحيازة والملكية يمتزجان فيها بمعنى انه كلما اريدت حيازتها اريد امتلاكها والعكس بالعكس وتكون في العقار وحقي الانتفاع والارتفاق ومنها ان التملك بمضي المدة الطويلة لا يكون في المعنوي كالدين فلا يجوز ان يصير الانسان دائنا بهذا التملك وكملكية مولف او صانع في مولفاته او مصنوعاته لاستحالة حيازتها وانما يكون في المادي كحق ملكية عقار او منقول وكحقي الانتفاع والارتفاق ثم ينقسم المادي الى ما ينعدم بالاستعمال كالحبوب والدراهم وما شاكلها وما لا ينعدم به وحق الانتفاع خاص بالثاني حيث اشترط فيه رد المنتفع به بخلاف الاول فليس فيه الا شبه الانتفاع حيث لا يرد فيه الشيء بذاته لاستحالة ذلك بل الذي يرد هو بدله كما تقرر بالمادة (٢٢) من القانون المدني الاهلي وقد استمد واضعو قانوننا شبه الانتفاع المذكور من القانون الروماني حيث وجد فيه تنفيذا لارادة الموصي بانتفاع بتركة فيها ما ينعدم بالاستعمال وقاس مشرعو الرومانيين الانتفاع بما ينعدم بالاستعمال على الانتفاع بما لا ينعدم به فالزموا رد مثله في الاول كما الزموا رده في الثاني فجعلوا البدل في الاول كالعين في الثاني

وينقسم المال ايضاً الى معين بالنوع كيلا اووزنا او عددا كخمسين قنطارا قطنا ومعين بالذات كالجواد المشار اليه بالاشارة الحسية ولنلاحظ ان اساس

هذا التقسيم هو قصد المتعاقدين لا المال في ذاته لانه يكون بنفسه تارة معينا بالذات واخرى معينا بالنوع الا ترى ان الكتاب الذي يستعيره تلميذ من كتبي يكون معينا بالذات بخلافه نفسة اذا استعاره كتبي من اخرفانه يكون معينا بالنوع لان قصد المتعاقدين في هذه الحالةان لا يرد الكتاب بنفسه وثمرات هذا التقسيم خمسةأمور (الاول) ان براءة الذمة من التعهد بالمعين بالذات لا تحصل الا بتسليمه نفسه بخلاف الواجب تسليمه في المعين بالنوع فانه لا حرج فيه على المتعهد فلو تعهد بمائة جنيه مصري ودفعها جنيهات انكليزية او ريالات او قروشا برئت ذمته (والثاني) ان نقل الملكية لا يحصل في المعين بالنوع الا عند التسليم بخلاف المعين بالذات فان بيعه بدون تسليم ناقل للملكية فيه لتعيينه بالذات عند البيع بمجرد التراضي كما ذكر بمادتي ٢٦٧ و٢٦٨ من القانون المدني الاهلي (والثالث) ان هلاك المعين بالذات يكون على المشترى ولولم يستلمه لانه المالك والقاعدة ان الهلاك على المالك راجع الفقرة الاخيرة من مادة (٢٦٨) منه بخلاف المعين بالنوع فان هلاكه بآفة سماوية وحالة قهرية يكون على البائع لا المشترى لعدم تعيينه بالبيع فلم تنتقل الملكية فيه كما ذكر بمادة ٢٦٨ منه (والرابع) ان المتعهد بالمعين ذاتا عليه الاعتناء به حتى يسلمه فانه ملك للغير بخلاف المتعهد بالمعين نوعا فيجوز له ان لا يعتني به لان له ان يعطيه آخر من نوعه (والخامس) نصت مادة (٢٦٤) منه على ان بيع الشيء المعين بالذات الذي لا يملكه البائع باطل ولا يصح الا اذا اجازه المالك الحقيقي و يفهم من هذه المادة ان بيع المعين نوعا الذي لا يملكه البائع صحيح

وتنقسم الاموال الى اصلية وملحقة بها فالاصلية مالها وجود ذاتي مستقل والملحقة ما يتعلق وجودها والانتفاع بها على وجود مال آخر كالرهن العقاري

فانه تابع للدين و يوجد تأميناً له و يزول بزواله كما ذكر بالمادة (٥٨٥) منه وكحق الانتفاع والارتفاق والحق في المحصولات والثمار فانها تابعة لحق الملكية لكن جاء بالمادة (٢٨٨) منه ما يفيد ان بيع الارض لايشمل ما عليها من المزروعات

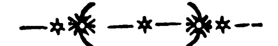
والى منقولة وثابتة فالثابتة هي الحائزة لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من اصل خلقتها او بصنع صانع فالتي تحوزها من اصل الخلقة هي كالارض والمناجم راجع قانون ١٦ ابريل سنة ١٨٨٩ العثماني ومن مادة ٦ الى ١٠ من قانون ابريل سنة ١٨٩٦ العثماني ايضاً والمحاجر لا المأخوذ منها والمحصولات التي لم تحصد اذا حجز العقار المشتمل عليها حجزا عقاريا راجع مادة (٥٤٥) من قانون المرافعات الاهلي فانه يؤخذ منها انه يترتب على تسجيل التنبيه امتزاج ثمن المحصولات مع ثمن العقار في التوزيع لكن اعتبرها قانون المرافعات منقولات تحجز بحجز المنقول في مادة (٤٨٠) وكمواسير المياه والغاز فانها وان كانت منقولات حقيقة قد اعتبرت عقارات لكونها ملحقة بالارض وكالسفن حيث نصوا على حجزها ورهنها عقاريا وكذلك الحقوق العينية على العقارات والسبب في ذلك اعتبار الواضع لها ثابتة فان الاصل ان الحق لا يكون عقارا ولا منقولا والمنقولة اسم مفعول انث بالتاء من نقله اي جعله غير ثابت والمراد بالمنقول ما ليس عقارا ولا محمولاً عليه فتشمل حينئذ بيع المحصول قبل نضجه على ان يسلم بعد حصاده و بيع بيت للهدم فلا يسجل عقدهما والدين ولو بعقار كالموعود باعطائه لكن قال بعض المؤلفين ان الوعد بعقار لا يكون ديناً وانما صور الدين بالعقار فيما اذا باع غير المالك فان ملكية العقار لا تنتقل بالبيع الى المشترى واذا تعهد مقاول لشخص ببناء واذا وعد المالك باعطاء جزء غير معين من ارضه فان

الملك لا ينتقل الا بالتعيين وانما كان ديناً في تلك الاحوال لان الدين فيها هو التعهد لا العقار نفسه وسهام الشركات التجارية ما دامت قائمة ولو اشتملت مملوكاتها على عقارات لانها ليست ملكا للشركاء بل للشركة وما كان ملكا للشركة من العقارات يكون تابعاً لمنقولاتها لان المنقول فيها هو الاصل فاذا انفسخت عادت مملوكات الشركة من منقولات وعقارات الى الشركاء على الشيوع وكانت السهام عقارات او منقولات بحسب ما تتعلق به وملكية المولف او الصانع في مولفاته او مصنوعاته و بيع محل التجارة وهو عبارة عن الادوات والبضائع والزباين دون العقار ولهذا التقسيم ثمرات شتى منها ان المنقول يرهن رهن منقول لا رهنا عقاريا لاستحالة تقرير التسجيل فيه لعدم استقراره في مكان واحد بخلاف العقار فانه يرهن عقاريا ومنها ان نقل الملكية في المنقولات اسهل منه في العقارات و بيان ذلك انها تنتقل في المنقول بمجرد اتفاق المتعاقدين سواء اكان بالنسبة لهما ام لغيرهما بخلافها في العقار فانها لا تنتقل بالنسبة لغير المتعاقدين الا بتسجيل عقد نقل الملكية بقلم كتاب المحكمة كما ذكر في مادتي ٢٧٠ و٦١١ من القانون المدني الاهلي وانما وجب هذا التسجيل ايجادا للثقة بالمالك ليوقن الغير المسلف له مثلا بانه المالك للعقار ومنها ان المدة الطويلة لتملك العقار خمس عشرة سنه عند عدم السبب الصحيح وخمس سنين عند وجوده كما ذكر بمادة ٧٦ منه وان لا مدة في المنقولات غير الديون لان حيازتها بسبب صحيح مع اعتقاد ان المأخوذة عنه مالك لها يفيد الملك الا في حالتي الضياع والسرقة فانه تشترط فيها الحيازة مدة ثلاث سنين كما ذكر بمادة ٨٦ منه وانما لم يجز المقنن التملك بمضي المدة الطويلة في تلك المنقولات تسهيلا لتداولها هذه المدة لانه لو اجازه فيها بأن جعل مدته ثلاث سنين فى كل الاحوال لتهدد كل مشتر لمنقول باسترداد

مالكه فيصعب حينئذ تداولها مع ان بعضها محتاج اليه للمعيشة ورغدها ومنها ان المحكمة المختصة بالحكم في النزاع في عقار هي محكمة محل ذلك العقار ان كان واحدا فان كان اكثر منه فتكون محكمة المحل الموجود به اغلبها لوجود السندات في هذا المحل ولتمكن المحكمه به من الوقوف على حالة العقار وان المحكمة المختصة بالحكم في النزاع في منقول هي محكمة محل المدعي عليه كما ذكر بالفقرة الاولى من مادة (٣٤) من قانون المرافعات الاهلي ومنها ان للقاصر دعوى طلب تكملة الثمن اذا كان في بيع عقاره غبن فاحش بخلاف بيع منقوله فليس له فيه ذلك وقد اهتم المقنن بالعقار اكثر من المنقول لانه احق بالعناية واولى بالرعاية

والى اموال ميرية واهلية فالميرية هي املاك الحكومة المخصصة لخدمة عامة (راجع مادتي ٩ و١٠ من القانون المدني الاهلي) والاهلية ما كانت ملكا للاهالي او للحكومة ولم تخصص لخدمة عامة فالطرق والشوارع المملوكة للحكومة المعدة للمنفعة العامة من الاولى والاملاك الحرة المملوكة للحكومة والمباعة للأهالي من الثانية حيث انها لم تخصص لخدمة عامة وهذا التقسيم يشمل العقار والمنقول وثمرته ان الميرية لاتباع ولا تملك بوضع اليد ولا تحجز اعنى انه ليس لنظارة المالية بيعها من تلقاء نفسها بل للحكومة دون غيرها التصرف فيها ببيعها بمقتضى قانون اوامر بخلاف الاهلية فانه يجوز التصرف فيها بالبيع مطلقا وانما لم يجز بيع الميرية لسببين (الاول) انها معدة للعموم والعدل يقضي بعدم جواز تصرف الحكومة فيما هو مصلحة للجميع فانها ليست مالكة لها بل مالكها عموم السكان (والثاني) ان الحكومة ربما اضطرت لبيعها بثمن بخس فتخسر اهم جزء من ثروتها وهذا هو الخسران المبين

قال بعضهم ولنلاحظ انه لم يشدد في عدم التصرف فيها عندنا مثل ما شدد فيه بالشرائع الاجنبية اذ تقرر فيه لزوم عدم عمل قانون للتصرف فيها وهو يستلزم اخذ رأي مجالس الامة بخلاف الامر عندنا فان اصدار امر عال يكفي للتصرف فيها والحقيقة ان التشديد حاصل عندنا كما هو حاصل فيها فان الامر العالي يجب ان يطلع على مشروعه قبل صدوره مجلس شورى القوانين ومجلس النظار وفيهما الضمان الكافي لعمل المصلحة للامة فان لم يعملا المصلحة فلا يعد هذا عيباً في نظاماتنا ومعنى كونها لا تحجز انه ليس لدائني الحكومة توقيع الحجز عليها لان الحجز مآله البيع فاذا لم يجز البيع لم يجز الحجز الذي هو من اسبابه على انه ليس لدائني الحكومة الا فائدة خاصة بخلاف الاموال الميرية فان منفعتها عامة والعام مقدم على الخاص ومعنى عدم جواز تملكها بالمدة الطويلة ان الذي وضع يده عليها لا يتمكن من امتلاكها ولو طالت مدة حيازته لها لان التملك بمضي المدة كأنه بيع ممن يترك ماله لمن يملكه بمضي المدة الطويلة فكما لا تباع لا تملك بها لانه اذا استحال البيع استحال شبهه بالاولى لوجود ثمن في الاول دون الثاني واعلم انه ظهر في سنة ۱۸۷٥ القانون المختلط وتدونت الاموال الميرية بمادتي ۲٥ و ۲٦ من القانون المدني منه وتدونت ايضاً سنة ۱۸۸۳ بمادتي ۹ و ۱۰ من القانون المدني الاهلي كما سلف و ينبغي تتميم ما جاء بقوانيننا من الاموال الميرية بما صدر بديكريتو ۲٦ يونيه سنة ۱۸۸۰ من الحاق سراي عابدين والاسماعيليه والجزيرة وقصر النيل ومطبعة بولاق وملحقاتها وغير ذلك بتلك الاموال وتكون الاموال ميرية ولو لم يكن استعمالها لجميع الناس بل لبعضهم كالقشلاقات فانها خاصة بالعساكر



الفصل الثاني

في الحقوق الشخصية والعينية

الحقوق جمع حق وهو ما يجب لشخص على آخر او يقرر له على مال ومنه يؤخذ انقسامه الى شخصي كالدين وعيني كحق الملكية فان قيل يظهر انه لا فرق بينهما لان الشخصي مقرر على المال ايضاً فان الدائن له حق على مال المدين لجواز حجزه واخذه منه قلت بل هناك فروق منها ان هذا بواسطة الشخص بخلاف ذاك فانه على العين مباشرة حتى ان صاحب الشخصي يرفع دعواه على الشخص بالقصد واما الثاني فيطلب في دعواه ما له من الحق على العين وان استلزم ذلك مطالبة الشخص بالتبع ومنها اولوية صاحب الثاني عن صاحب الاول وذلك لان الدائن يكون اسوة الغرماء اذا كان مدينه مدينا لأشخاص اخر اما من له حق عيني فيستولى على جميع حقه اذا اجتمع معهم قبلهم وان صاحب العيني له تتبع العين في اي يد انتقلت اما صاحب الشخصي فلا يطالب غير مدينه وان الحقوق العينية محصورة في مادة (٥) من القانون المدني الاهلي بخلاف الشخصية فانها لا تنحصر وان الشخصي يستوفي من جميع اموال المدين حاضرها ومستقبلها (راجع الفقرة الاولى من مادة ٥٥٤ ومادة (٥٥٥) منه ومن ذلك يكون للدائن ان يطالب بحقوق ودعاوي مدينه غير الشخصيه فلا يكون له ان يرفع باسم مدينه دعوى يقيمها على من هجاه (راجع المادة ١٤١ من القانون المدني الاهلي) و يكون له الغاء العقود بمقابل التي تمكن المدين من تنقيص ماله اضرارا بحقوقه وتدليسا (راجع المادة ١٤٣ منه) ومعني الغش والتدليس ان يعرف المدين ان عقده الذي بمقابل مضر بحق دائنه فاذا كان العقد بلا مقابل كالهبة كان للدائن الغاؤه ولو لم يوجد الغش من مدينه لان الموهوب له يسعى في جلب المنفعة اليه والدائن يسعى في

اجتناب الخسارة ودرأ الخسارة مقدم على جلب الفائده بخلاف العيني فانه لا يستوفي الا من العين التي هو عليها حتى اذا كان لشخص حق انتفاع على عين معينة لا يكون له ان يطالب مالك هذه العين بان ينتفع باخرى له

﴿ الفصل الثالث ﴾

في حق الملكية

هذا الحق هوأ شهر الحقوق العينية وعرفوه بانه الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة ـ وقولهم للمالك احتراز عن غيره كالمتنفع وكمن ليس له حق على العين مطلقا فان الاول ليس له التصرف بطريقة مطلقة والثاني ليس له شيء من الانتفاع والتصرف حتى انه اذا دخل بيتا مملوكا لغيره او مر من ارضه بلا اذن يكون له طرده ومنعه من المرور ثم ان هذا المالك قد يتعدد فيكون المملوك حينئذ على الشيوع اذ لا يعقل ان يملك الشيء الواحد كله لاثنين لان امتلاك احدهما له كله يفوت امتلاك الآخر وقولهم في الانتفاع بما يملكه معناه في استعماله واستغلاله بما يريد مالكه الا انه مقيد بعدم الاضرار بالغير فلا يجوز له ان يحدث في ملكه صناعة مضرة بالصحة او براحة العموم بدون استيفاء الشروط الادارية المقررة في ذلك (راجع ديكريتو ٤ اوكتوبر سنة ١٨٨٥ المختص بالآلات البخارية و بما اذا لم يكن الاستعمال ممنوعا قانونا كاستعماله ارضه في زراعة الدخان (راجع ديكريتو ١٠ مارث سنة ١٨٨٤ و ٢٥ يونيه سنة ١٨٩٠ و ١٠ مارث سنة ١٨٩٢ و بما اذا لم تكن منفعه عامة للحكومة في بيع المالك العين منها او في اخذ جزء منها كدخول بعض المساكن في التنظيم (راجع ديكريتو ٣١ يناير سنة ١٨٩٢ او في تخلى المالك عنها او جزئها كتركه ارضه او جزأها لقربها من السكك الحديدية فانه يكون للحكومة في هذه الحالة اخذ الملك بتمامه

او اخذ جزء منه وقطع انتفاع المالك بكل منهما جبرا عنه وقولهم والتصرف فيه بطريقة مطلقة مخصوص بما اذا لم تمنع الحكومة التصرف فيه لمنفعة عامة كبيع الملح والنطرون فان ديكريتو ٢٦ اغسطس سنة ١٨٨٦ منعه وبما اذا لم يكن لها منفعة في نزع الملكية او في تخلي المالك عن ارضه كلها او جزئها كما تقدم فانه في هذه الصور ينقطع تصرف المالك جبرا وتتركب الملكية من ثلاثة حقوق الاستعمال والاستغلال والتصرف اذا انعدم احدها كانت ناقصة الا انه لا يجوز تجرد المالك الا عن حق الاستعمال فقط بتقريره حق ارتفاق للغير على ملكه او عن حقي الاستعمال والاستغلال باعطائه الانتفاع بملكه لغيره وليس له التجرد عن حق التصرف في المبيع لانه تنازل قبل تمام العقد كما لا يجوز اشتراط البائع عدم تصرف المشتري لانه مناف لعقد البيع

وتنقسم الملكية الى مشتركة وشخصية وقد بحث الفلاسفة في الاسبق منهما وجودا واتفقوا على ان الشخصية اسبق في المنقولات والمشتركة متأخرة حيث شوهد الانسان في الازمان كلها مالكا لغذائه وصيده وسلاحه اما في العقارات فاختلفوا فمن قائل ان المشتركة اسبق فيها فان ملكيتها شوهدت للقبيلة اولا ثم للعائلة ثانياً ثم للواحد منها ثالثاً فالشخصية ثالثة في ترتيب الادوار ومن قائل ان المشتركة متأخرة في العقارات كما هي متأخرة في المنقولات ذلك لانه في الازمان الاولى كانت الارض مباحة تملك بوضع اليد عليها بمعنى ان كل فرد وضع يده على قطعة منها ملكها ملكا شخصياً

وتنقسم الشخصية الى مادية كملكية الاعيان ومعنوية كحق المؤلف او الصانع في مؤلفاته ومصنوعاته وقد ذكر حكمها بمادة ١٢ من القانون المدني الاهلي ونصها (يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته وحقوق

الصانع في ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك) وهذا القانون المخصوص لا يعلم له اثر واذا كان كذلك وان قانون العقوبات الاهلي خال عن عقوبة في هذا الصدد فترجمة المؤلفات وتقليد المصنوعات غير معاقب عليهما جنائياً غاية الامر انه يجوز الحكم بتعويض تقدره المحكمة للمؤلف او الصانع طبقاً لقولهم من يحدث ضررا بالغير عليه تعويضه

وقد عاب الاشتراكيون باورو با مشروعية الشخصية بقسميها فقالوا لقد خلق المولى عز وجل الارض للناس جميعاً ولم يخصصها باحد دون آخر من عباده فمن اين للمقننين وضعها مع انها سيئة النتيجة الا ترى انه نشأ عنها انقسام الناس الى غني مترف خازن للمال ومعدم ذي متربة لا يجد رزقه الا ببذل ماء المحيا بل والى من يموت جوعاً من عدم احسان الغني عليه وما تكلف الاول شيأ غير انه خلف غني وما اضر الثاني شيء غير انه ابن فقير ومع ذلك ترى الاول لا يشتغل شيأ والثاني يعاني المشاق يومياً وقالوا كان العدل ان تملك الحكومة نتائج اعمال الافراد من زراعة وصناعة وتوزعها عليهم كل بحسب احتياجاته واجيب بامور منها ان اساس الملكية هو استحقاق المرء نتائج اشغاله العقلية او المادية وحيث انه مسلم استحقاقه لها فيكون له بيعها وايها بها وحيث ان ورثته هم احق من الاجانب بامتلاكها فمن العدل امتلاكهم اياها ومنها انه يترتب على عدم الملكية الشخصية اعدام نشاط الافراد وهو في الاضرار بهم بمكان ومنها انه يترتب على توزيع الحكومة على كل فرد قدر ما يحتاج اجحاف فقد يأخذ كثيرا المتكاسل لكثرة احتياجاته والمشتغل قليلا لقلتها بل لو طبقنا مذهبهم فلا يخلوا اما ان يصرح لمن يأخذ شيأ من الحكومة بالتصرف اولا فاذا كان الاول عاد عدم المساواة الى ما كان عليه واذا كان الثاني عدم البيع والتجارة والضرر بذلك بين للمتأمل

هذا وحكم الملكية ان يكون للمالك بها الحق في جميع ثمرات ما يملكه سواء كانت طبيعية اوعارضية وفي كافة ما هو تابع له ومعنى الثمرات الطبيعية التي ينتجها الشيء لطبيعته ولو كانت دورية اي تعود في ازمنة معينة ومعنى الثمرات العارضية التي تطرأ على المملوك لا لطبيعته كالكنز

الفصل الرابع

في حق الانتفاع

هو من الحقوق العينية وعرفه المقنن المصري بانه حق للمنتفع في استعمال ملك غيره واستغلاله وقوله للمنتفع اي ذي الاهلية لا كل من ينتفع ولا يكون على مذهبه الا شخصاً اما قوانين اوروبا فقد جوزت ان يكون ذاتاً اعتبارية كحكومة وشركة وحددت قوانين فرنسا مدة انتفاعها بثلاثين سنة وايطاليا بستين وروميه بمائة وقوله ملك شامل للعقار والمنقول ماديا ينعدم بالاستعمال اولا او غير مادي وقوله غيره احتراز عن ملك نفسه فان الانتفاع فيه لا يكون الانتفاع المعرف اذ انه المستقل وذاك تابع للملك وقوله واستغلاله اي اخذ غلته اي ثماره وعرفوها بانها ما ينتج دوريا من المال المقرر عليه هذا الحق وليست جزأ للمال فليست الانقاض ثمار اناشئة عن البناء ولا الشجرة ثمرة لانها غير دورية وهي تنقسم عند الرومانيين الى طبيعية وصناعية ومدنية فالطبيعية هي التي تنتج كخشب اشجار الغابات لابصنع صانع والصناعية هي ضد الاولى كالحبوب التى تنشأ عن البذر والمدنية هي المبالغ المتجددة التي تؤخذ لعقد حصل على الشيء كفوائد المبالغ واجر البيوت والاراضي وفوائد الايرادات لمدة الحياة وتكتسب الطبيعية والصناعية بجنيها بحيث لو جناها المالك قبل استعمال المنتفع او عند نهاية انتفاعه تكون له كما ان المنتفع اذا جناها في مدة

انتفاعه قبل نضجها كانت له بخلاف المدنية فانها تكتسب يوماً فيوماً

(ملحوظة) اذا عرفت ان للمنتفع اخذ الحاصلات قبل نضجها بجنيه فاعلم ان له ان يبيعها قبل نضجها ايضا غير ان ثمنها لا يكون له الا ان كان جنيه قبل انتهاء انتفاعه فاذا باعها مدة انتفاعه ولم يجنها حتى انتهى يكون للمالك ثمنها واذا جنى شيئاً منها قبل انتهائه فثمنه له وثمن مالم يجنه للمالك

و يؤخذ من ذلك التعريف ان الانتفاع يشتمل على ركنين من الملكية لاشتمالها على الاستعمال والاستغلال والتصرف فيكون جزأ من أجزائها

(تنبيهات) الاول ـ حيث عرفت ان الانتفاع حق عيني فاعلم ان الدعوى التي يقيمها المنتفع تكون عينية لاشخصية و يترتب على ذلك انه يأخذ المنتفع به من يد أي شخص انتقلت اليه ملكيته و بالاولوية عن كل دائن بحيث لا يزاحمه دائن الحائز (الثاني) ترفع هذه الدعوى تارة امام المحكمة التابع لها العقار المنتفع به واخرى امام محكمة محل المدعي عليه على حسب ما اذا كان متعلق الانتفاع عقارا او منقولا (الثالث) يكتسب هذا الحق كسائر الحقوق العينية بمضي المدة الطويلة وهي في العقار خمس سنين اذا كان الانتفاع بسبب صحيح واعتقاد ان مقرره مالك للمنتفع به ولولم يكن مالكا في الواقع حتى اذا عقد الانتفاع غير مالك مع رجل يعتقد انه مالك فمضت تلك المدة صار له هذا الحق ولو على المالك في الواقع او المشتري منه او خمس عشرة سنة بغير سبب صحيح وفي المنقول غير المادي كحق الدين بخمس عشرة سنة ايضاً تبتدي من يوم عدم المطالبة و يكون اكتساب الانتفاع به مع ملك ذات الدين اما المادي فحيازته تفيد امتلاكه

(فائدة) قارن المتشرعون بين حق الانتفاع و بعض الحقوق العينية فقالوا انه يخالف الملكية في انه جزؤها (فلا يصح الشيوع بين المالك والمنتفع لانه

مختص بالحق الواحد وهما يملكان حقين احدهما جزء للآخر) وفي ان الانتفاع مؤقت وهي مؤبدة و يخالف حق التعلي والبناء والزرع على ارض الغير في ان الملكية تامة فيها بخلافها في الانتفاع فانها تنقص حق التصرف والايجار من حيث انه عيني والايجار شخصي

(فائدة اخرى) لا يلزم المنتفع بتركة وارثا كان اولا بدفع دين عليها وانما يؤخذ الدين منها كما لا يلزم المنتفع بعقار مرهون بدفع دين المرتهن وان كان له ان يدفعه و يرجع به على المدين راجع مادة (٥٧٥) من القانون المدني الاهلي

ولنذكر باقي كلام المقنن المصري على الانتفاع معقبا كل نص بشيء يسير يفسره فنقول

(١٤) و يجوز ان يكون الحق اقل مما ذكر على حسب شروط الاتفاق او شروط التبرع الذي ترتب عليه وجود ذلك كان يكون قاصرا على مجرد حق الاستعمال الشخصي او حق السكني قوله مما ذكر اي من الاستعمال والاستغلال المذكورين بمادة ١٣ المشتملة على تعريف الانتفاع وقوله على حسب شرط الاتفاق او التبرع اي المسجل ليكون حجة على الغير ومنه يؤخذ ان تسجيل عقد الانتفاع الكامل واجب وهذا القيد خاص بما اذا لم يترتب الانتفاع على عقار بوصية لان الوصية عقد مضاف الى ما بعد الحياة لا من العقود بين الاحياء الواجبة التسجيل لاجل الاحتجاج بها على الغير المذكورة بمادة (٦١١) من القانون المدني الاهلي

(١٥) و يصح ان يكون مؤقتا او مؤبدا انما لا يكون بين آحاد الناس الا مؤقتا قوله مؤقتا اي بموت المنتفع حينما لا يعين اجل في العقد او بالاجل ان كان ثم اجل وقوله او مؤبدا كما اذا لم تنقرض الذرية في مسئلة الوصية

المذكورة بالمادة ١٧ من القانون المدني الاهلي وهو فرض جائز عقلا وقال بعضهم هو مؤبد في هذه الصورة وان انقرضت الذرية وقوله انما لا يكون بين احاد الناس الا موقتا خاص بغير ما تقدم وانما لم يجز ان يكون بين آحاد الناس الا كذلك لانه اذا كان مؤبدا يؤخر او يعدم انتقال العين الى يد مالكها و بذلك تكون ملكية المالك عاطلة

(١٦) لا يعطي ذلك الحق الا لشخص او اكثر موجود على قيد الحياة وقت الاعطاء و ينتهي على كل حال بوفاته ان لم يكن له ميعاد قبل الوفاة المذكورة كما لو رتب الانتفاع لرجل وعقبه بطنين فا كثر والكل على قيد الحياة لا يعطي الفرع مع وجود الاصل فالانتفاع موقت لانه ينتهي بفقد من كان على قيد الحياة وقت ترتيبه

(١٧) انما يجوز ان يوصي لمحل خيري تابع لديوان الاوقاف بملك العين ولشخص او اكثر ولورثته على التعاقب بحق الانتفاع وحينئذ لا يكون للمحل الخيري حق الملك التام الا بعد انقراض الموصي اليهم بحق الانتفاع ـ قوله حق الملك التام الا بعد انقراض الموصي اليهم بحق الانتفاع مفهومه ان له حق ملك ناقصا وهو كذلك فانه لما اوصى صاحب العين بالانتفاع للشخص وورثته بقي جزء من الملكية للمحل الخيري وكان له به الملك الناقص وان كان تصرفه موقوفا مع انتفاعه

(١٨) حق المنفعة المعطى من ديوان الاوقاف قابل للانتقال من يد لاخرى بمقتضى اللائحة المؤرخة في ٧ صفر سنة ١٢٨٤ و ١٠ يونيه سنة ١٨٦٧ و يجوز تأجيره او اعطاؤه بالفاروقة ـ لعل هـذا المعطى من ديوان الاوقاف هو الانتفاع بالاراضي المحكرة وانما قال و يجوز تأجيره لان للمنتفع استغلال

ما ترتب عليه حق الانتفاع ـ وقوله او اعطاؤه بالغاروقة عرفت فيه الغاروقة بأنها عقد به يعطي المدين عقاره للدائن و يكون للدائن المذكور الحق في استغلاله لنفسه والانتفاع به لحين تمام وفاء الدين وقولهم في التعريف المذكور عقاره اعم من المملوك له والمنتفع به سواء اعطى له الانتفاع به من ديوان الاوقاف او غيره فان كل انتفاع يباع و يرهن عقاريا و يتنازل عنه و يعطي بالغاروقة الا انه يكون كل ذلك فيه على ما هو عليه من صفته المؤقتة

(۱۹) تراعي فيما يكون لصاحب الانتفاع من الحقوق وفيما يترتب عليه من الواجبات شروط العقد المترتب عليه حق الانتفاع والاصول المقررة في المواد الآتية ـ قوله العقد اي وان خالفت ما يأتي وقوله والاصول المقررة في المواد الآتيه اي فيما لم ينص عليه بالعقد

(۲۰) يجب على من له حق الانتفاع ان يستعمل الشيء فيما وضع له وانما لم يكن له مطلق الاستعمال لئلا يؤدي الى اضرار المالك كأن يجعل المنتفع بيت السكنى محل رقص او قهوة وهو يأباه العدل

(۲۱) اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا وجب حصره بالجرد ولزم المنتفع تقديم كفالة به فان لم يقدمها بيع المال المذكور ووضع ثمنه في اوراق ميرية واعطيت ارباحها اليه ـ قوله منقولا يفهم من عدم ذكر المقنن العقار معه انه لا يشترط فيه حصره بتحرير قائمة تشتمل على بيان وصفه كما سيأتي في المنقول وهو كذلك لان السبب في حصر المنقول الخوف من الضياع او السرقة ولا يتأتى ذلك في العقار غير انه للمنتفع طلب تعيين اهل خبرة لوصف حالة العقار قبل الدخول في الانتفاع به اذا خشي من ادعاء المالك بعد انتهاء الانتفاع تلفا به واقول لو اوجب المقنن تحرير قائمة ببيان وصف المنقول وثمنه والعقار وثمنه ايضاً

لكان اولى لانه قد لا يخشى المنتفع دعوى المالك الاتلاف و يدعيها وقوله بالجرد اي الحاصل من المنتفع و يجب ان يكون قبل الدخول في الانتفاع بتحرير قائمة عرفية او رسمية تشتمل على بيان وصف وثمن المنقولات يمضي على صحتها المالك لتكون حجة للمنتفع عليه عند انتهاء الانتفاع وحجة لذلك المالك ايضاً على المنتفع عند استلام المنتفع به فيلزم ان تكون من نسختين لكل منهما واحدة وانما وجب تحريرها قبل الدخول في الانتفاع لان تحريرها بعده قد يضر بالمالك لجواز ضياع او تلف منقول قبل التحرير وقد يضر المنتفع لجواز ان يطالب المالك ان تشتمل على اكثر مما سلم و يفهم من وجوب التحرير قبل الدخول في الانتفاع انه يجوز للمالك ان لا يسلم منقولاته للمنتفع الى التحرير قبل الدخول و يجوز اشتراط المعافاة من التحرير وعند ذلك للمالك تحرير قائمة جرد تكون مصاريفها عليه وقوله ولزم المنتفع اي لزوماً قانونياً يجوز الاتفاق على خلافه كالاتفاق على المعافاة من تقديم الكفالة لامور منها ان قانوننا مستمد من القانون الفرنساوي وقد نص على جواز المعافاة ولم يوجد في نصوص قانوننا ما يمنع منه فان قلت قوله لزم نص يخالف الجواز قلنا لا يخالفه لان اللزوم قانوني والجواز اتفاقي ولم يتكلم في القانون عليه ومنها ان للمالك هبة ما له فيكون له عدم التأمين عليه بكفيل من باب اولى هذا و بعد الاتفاق على تلك المعافاة ان طرأ افلاس او اعسار المنتفع فللمالك رغما عن هذا الشرط طلب تقديم الكفيل قوله تقديم كفالة به اي شخصية او عينية بتقديم رهن على منقول او عقار وتؤثر العينية لانها ابقى من الشخصية فانها تابعة لحالتي اعسار و يسار الكفيل وتزول تلك الكفالة بزوال الانتفاع

(٢٢) يجوز للمنتفع الذي قدم الكفالة ان يستعمل الاشياء التي تنعدم بالاستعمال انما عليه ان يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع ـ قوله انما عليه ان

يرد بدلها اي من نوعها اقل او اكثر ثمناً منها ولو ذكر ثمنها بالعقد وهذا النوع يسمى بشبه الانتفاع لان فيه استهلاك العين وذاك فيه المحافظة عليها وردها بعينها عند انتهاء انتفاعه ومن شبهه الانتفاع بالدين فان للمنتفع اخذ ارباحه واخذه عند حلول اجله ورد بدله وهل الانتفاع بمحل تجاري من قبيل الحقيقي او شبهه الجواب انه حقيقي من جهة الاسم والزبائن لردهما عينهما بعد الانتفاع وشبيه به من جهة البضائع فان الذي يرد عند انتهاء الانتفاع هو بدلها

(٢٣) الزيادة التي تحصل من نتاج المواشي تكون للمنتفع بها انما بعد ان يستعوض من النتاج ما نفق من الاصل بآفة سماوية ــ قوله المواشي أل فيها للجنس الصادق بالماشيه فلو انتفع رجل بماشية واحدة ثم نفقت استعوضت من النتاج وقوله تكون للمنتفع بها وجهه انها من غلات وثمرات المنتفع به الطبيعية وقوله من النتاج احتراز عن غيره كما اذا اشترى بثمن البانها واصوافها وقيمة استئجارها مواشي اخرى فلا يلزم بالتعويض بها وقوله ما نفق بآفة سماوية يؤخذ منه انه يستعوض ما نفق بتقصيره او اتلافه من باب اولى ثم بعد التعويض يكون جلد وصوف ما نفق على العموم للمنتفع

(٢٤) لا يسأل المنتفع عن ضياع او تلف الشيء متى كان حاصلا بدون تقصير منه ــ قوله الشيء اي عقارا كان او منقولا الا ان الضياع لا يتصف به الا الثاني

(٢٥) يجب على المنتفع ان يقوم بكافة المصاريف اللازمة لحفظ وصيانة الشيء المنتفع به وليس له ان يكلف المالك بصرف شيء مطلقا ــ قوله لحفظ وصيانة الشيء المنتفع به اي لاجل عدم الاضرار بالمالك وقوله بصرف شيء مطلقا اي مما يلزم للحفظ قل او كثر امكن الانتفاع مع عدم صرفه اولا

(٢٦) لا يجوز للمنتفع ان يبني بناء او يغرس غراسا بدون رضا المالك وعليه ان يثبت ذلك الرضا بالكتابة او باقرار المالك او بامتناعه عن اليمين ـ قوله بدون رضا المالك اي لانه ان جاز البناء او الغراس من المنتفع بدون رضائه لكان له التصرف في المال بالزيادة مع ان حقه قاصر على الاستعمال والاستغلال وقوله او باقرار المالك او بامتناعه عن اليمين هما طريقتان لاثبات رضاء المالك الشفاهي

(٢٧) ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له او بترك المنتفع حقه فيه او بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع او باستعماله استعمالا غير جائز ـ قوله الزمن المعين له اي اجله ان كان ثم اجل او موت المنتفع ان لم يكن اجل وانما كان الانتفاع مؤقتا هكذا لانه يترتب على جعله مؤبدا عدم الرغبة في شراء المنتفع به من المالك وفي ذلك اعدام لتصرفه وقوله او بترك المنتفع حقه فيه اي صريحا كان كما اذا قال تركت حقي للمالك او دلالة كما اذا سلم مفتاح المنزل المنتفع به بعد اخلائه وعلى كل حال يبقى للمرتهنين من المنتفع حقهم في رهن الانتفاع حتى ينتهي اجله او يموت المنتفع على حسب ما تقدم وان كان غرض المنتفع بالترك حرمانهم من حقوقهم لانه لا يجوز ان يضروا فيها وقوله او بانعدام المال اي كله كما اذا فاض البحر على بيت فانهدم وصار جزء من البحر ومفهومه انه اذا انعدم جزؤه يكون الانتفاع في الباقي وهو كذلك كما اذا هدمه البحر وترك ارضه وفي هذه الصورة ان احدث المنتفع بتلك الارض بناء فلا يخلو اما ان يكون برضاء المالك اولا فان كان الاول فعلى المالك ان يدفع له قيمته عند انتهاء انتفاعه وليس له الزامه بهدمه وان كان الثاني كان مخيرا بينهما وان احدثه المالك فيكون للمنتفع حق في الانتفاع به عوضا عما فاته بالبناء من انتفاعه بالارض وقوله او باستعماله استعمالا غير جائز اي باستعماله فيما لم يعد له كما تقدم وهذه عقوبة مدنية شخصية له فلا

تضر بحقوق دائنيه المرتهنين لحق الانتفاع

(٢٨) يجوز ابطال حق الانتفاع اذا لم يقم المنتفع بالشروط المقررة عليه كما لو قصر في اعطاء مقابل الانتفاع الذي تعهد به هذا و يبطل حق الانتفاع اذا صار المنتفع مالكا لما كان مقررا عليه انتفاعه لتداخل الانتفاع في الملكية واذا تحقق شرط علق عليه المالك انتقال ملكيته لآخر وكان قبل حصوله انتفاع

(٢٩) ينتهي حق الانتفاع ايضاً بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة

قوله ينتهي الخ اي واما الملكية فلا تنتهي بذلك لامرين (الاول) انه لو زال حق الملكية فاما ان يكون المملوك للحكومة اولا لاحد فان كان الاول اضر ذلك بالثروة العامة لان الحكومة لا تتمكن من استغلال مملوكاتها كما تستغلها الافراد وان كان الثاني كانت الاموال ملكا لاول واضع يد عليها وفي ذلك فتح باب المنازعات (الثاني) ان للمالك حق التصرف المطلق باستعماله وعدمه فلا يجوز ان يكون عدم الاستعمال سبباً فى زوال حقه وقولنا واما الملكية فلا تنتهي مخصوص بغير ملكية المؤلف لمؤلفاته والمخترع لمخترعاته فان عدم الاستعمال فيها المدة المقررة في القوانين الاجنبية يزيلها لان في الاحتكار مع عدم الاستعمال مضرة للثروة العامة بل وفي نفس الاحتكار مع الاستعمال مضرة وانما لم يعبأ بها لوجود فائدة هي تنشيط همم الافراد وحثهم على الاختراع ـ وقوله الاستعمال اي التمتع القاصر على احتياج الشخص وعائلته اي زوجته واولاده ولو تزوج بها بعد تقرير الانتفاع ولو كانت الاولاد بتبن او من زنا وخدمه فلا تدخل الاصول في العائلة وهو حق عيني ترتيبه وزواله كترتيب وزوال حق الانتفاع ولا يجوز التنازل عنه ولا تأجيره ولا الحجز عليه ولا رهنه رهنا عقاريا وواجبات المستعمل كواجبات المنتفع فعليه مصاريف الصيانة والحفظ ولدائنيه حجز الثمار فيكون لهم فائدة في منع زوال استعماله كما

ان لدائني المنتفع التداخل في دعوى طلب لغو الانتفاع لاستعماله استعمالا غير جائز ولهم لغو تركه المؤدي الى الاضرار بحقوقهم

الفصل الخامس

في حق الارتفاق

(٣٠) الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر او لمنفعة الميري وتتبع فيه شروط العقد الذي ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد ـ قوله الارتفاق عرفوه بانه جزء من حق الاستعمال يقرره القانون او العقد و ينقسم الى ايجابي وسلبي فالايجابي ما يعطي للمنتفع به الحق في عمل معين على العقار المقرر عليه والسلبي ما يمنع مالك العقار المقرر عليه الارتفاق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة فان مبدأ هذه المدة يحسب في الايجابي من اليوم الذي فيه ترك الاستعمال صاحب الارتفاق بخلافه في السلبي فانه يحسب من اول يوم عمل فيه المقرر على ملكه الارتفاق عملا يخالفه والى مستمر وغيره وظاهر وغيره فالمستمر ما ينتفع به بلا فعل انسان كحق مرور مياه الري لانه لا يحتاج لعمل الانسان لاستعماله الا وقت ايجاد ممر المياه والتطهير وبعد ذلك لا يحتاج لشيء وكحق ارتفاق المطل لانه ليس المراد به النظر الذي يحتاج لتوجيه اشعته كلما اريد الانتفاع به بل المراد به ايجاد كوة وغير المستمر ما يتوقف استعماله على فعل الانسان كالمرور على ارض الغير فانه اذا لم يحصل لما وجد الحق فيه والظاهر ما يكون متعلق احد الحواس كالمطل وغيره ما لا يكونه كحق ارتفاق عدم البناء وثمرة هذا التقسيم امران (الاول) انه يجوز رفع دعاوي وضع اليد في المستمر الظاهر ويجوز اكتسابه بالمدة الطويلة بخلاف غيره فليس فيه شيء من ذلك

(الثاني) انه على البائع ضمان المشترى في حقوق الارتفاق غير الظاهرة التي لم يذكرها وقت البيع وليس عليه ذلك في الظاهرة و ينبغي ان يكون مرتب الارتفاق مالكا اهلا للتصرف لان ترتيبه عبارة عن بيع جزء من الملكية فلوكان الملك عرضة للزوال بشرط اذا تحقق زال لصار كذلك الارتفاق الذي قرره وليس للمالك على الشيوع ترتيبه لانه وحده غير اهل اذ لا بد لتقريره على مشاع من اتحاد رأي جميع ملاكه و يجوز تقريره على عقار مرهون لانه ان كان للمالك بيعه فله بالأولى ترتيبه عليه و ينبغي ان يكون المقرر له بالكسر مالكا لعقار خلاف المقرر عليه كما هو منطوق مادتنا او منتفعا او مستعملا لان في تقريره فائدة للمالك

وللمقرر له بالفتح الانتفاع بجميع الحقوق السنوية اللازمة لاستعماله فلصاحب ارتفاق السقيا تطهير الترعة ولصاحب ارتفاق المرور تصليح ممره بخلاف مرتبه فان عليه ترك صاحبه ينتفع به كيف يشاء وليس لصاحبه الغلو في استعماله كما لو كان له الحق في كوة فليس له فتح اثنتين او كان له ارتفاق المرور بارض الغير فلا يكون له جعل منزله فندقا — وحق الارتفاق لا يقبل القسمة اعنى انه لو تقرر ارتفاق عدم البناء على عقار ثم انقسم فلا يزال الحق مقررا على اجزائه وانه لو كان لصاحب ارض حق المرور على جاره فانقسمت تلك الارض فيكون لكل جزء منها الارتفاق وليس هذا على اطلاقه بل قد يجوز انقسامه كما لو ترتب حق ارتفاق باخذ جزء معين من ماء حنفية الغير فان الماء هنا ينقسم بين صاحب الارض وصاحب الارتفاق — و يزول هذا الحق بانقضاء الاجل و بفسخ عقد انتقال الملكية لعدم دفع مقرره لبائعه الثمن الذي تعهد بدفعه له — و بتركه صراحة او دلالة كما لو ضمن بيع ارض مقرر له عليها مع التصريح في عقد البيع بان لا ارتفاق عليها و يجب تسجيل الترك في الحالتين كعقد ترتيبه (راجع مادة ٦١١) و بنزع

ملكية المقرر عليه للمنفعة العامة الا انه يجب دفع تعويض لمن كانت لهم حقوق ارتفاق عليه وذلك فيما اذا حرموا من التمتع بحقوقهم اما اذا لم يحرموا بان كان لهم ارتفاق المرور على ارض فنزعت مليكيتها لتكون شارعاً فليس لهم الحق في طلب التعويض ـ وباستحالة استعماله الناشئة عن تغير الامكنة كما في ارتفاق المرور على ارض اكلها البحر ـ وبامتلاك واحد للعقارين المقرر له وعليه لانه لا يكون الارتفاق لمالك على املاكه ـ وبعدم الاستعمال خمس عشرة سنة تبتدئ في غير المستمرة من يوم آخر عمل للارتفاق وفي المستمرة من يوم اجراء عمل مخالف لها كسد المطل وقد قال بعضهم ان المدة في هذه الاخيرة تكون خمس سنين اذا كان في عمل الامر المخالف وضع يد بسبب صحيح وحسن اعتقاد كما لو اشترى دارا كان عليها ارتفاق عدم البناء وقيل له ليس عليها شيء من ذلك فبنى فبعد خمس سنين يزول ارتفاق عدم البناء وهل عدم استعمال جزء من اجزاء الارتفاق يكون سبباً في زواله كله ـ الجواب لا يزول الا جزؤه ان كان مما يقبل القسمة ما عدا ارتفاق المرور وما شاكله فان عدم استعمال جزء فيه لا يزيله كله ولا جزأ منه لانه لو كان له ارتفاق على ارض عرضها ستة امتار فلم يصلح منها الا متر المروره فعدم تصليحه للكل لا يؤخذ منه انه حرم نفسه عن الحق في الباقي بعدم استعماله بل انه اكتفي بجزء من كل لا يزال حقه مرتبطاً به واستنتجوا من ذلك انه كان الارتفاق لمال مملوك بالشيوع لكثيرين فانتفع به احدهم كان ذلك حافظا له حتى بالنسبة لسائرهم

(تنبيهات) (الاول) يلزم الجار بعد اكتساب المطل بالمدة الطويلة بمراعاة مسافة متر للبناء في ارضه ولو لم يكتسب صاحب المطل حق الارتفاق المانع من البناء فانه لما اكتسب المطل الزم الجار بما تقدم لينتفع بما اكتسبه

(الثاني) مبدأ اكتساب حقوق الارتفاق المستمرة الظاهرة بالمدة الطويلة اليوم الذي تمت فيه ووضعت اليد عليها فيه خرج بذلك التي لم توضع اليد عليها الا آخرا فلا بد من استيفاء المدة لاكتسابها (الثالث) يجوز لمن له حقوق ارتفاق معينة بعقد ان يستزيد عليها من المستمرة الظاهرة باكتسابها بالمدة الطويلة

وقوله لمنفعة عقار آخر او لمنفعة الميري يؤخذ منه ان حق الصيد المقرر على ارض لمنفعة شخص ليس بحق ارتفاق بل هو حق استعمال محدد بحياة المقرر لمنفعته او هو نوع من الايجار وقوله وتتبع فيه شروط العقد الخ اي ونصوص القانون اذا قرره هذا وحيث كان للمالك التصرف في ملكه بما شاء كان له ان يقرر عليه ما يرغب تقريره من حقوق الارتفاق ولو غير القانونيه بعقد يحرره من يريد تقريره له كأن يقرر له حق ارتفاق المطل على مسافة اقل من متر وان يلتزم بعدم البناء اوعدم الزرع او بمرور الجار على ارضه ولو مع وجود الاتصال بالطريق العمومي او باحداث بالوعة او ممر للمياه ولفظ العقد هنا اعم من ان يكون بمقابل او مجانا بان يكون بهبة او وصية فاذا كان عقدا بمقابل او بهبة فلا بد من تسجيله ليكون حجة على الغير بحيث اذا لم يتسجل لا يكون حجه الا على المتعاقدين فالمشترى لعقار لا يقبل من حقوق الارتفاق المترتبة بعقد الا التي تسجلت قبل تسجيل عقد شرائه بخلاف ما اذا كان بوصية فلا ضرورة لتسجيله (راجع مادة ٦١١ من القانون المدني الاهلي)

(٣١) حق استعمال مياه الترع التي انشأتها الحكومة يكون بقدر ونسبة الاراضى المقتضي ريها مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والاوامر واللوائح المتعلقة بذلك قوله الترع اي التي تنقسم ادار يا الى عامة وخاصة فالاولى هي التي تروي اكثر من قريتين ولو لم ترو الا جزءا من اراضيها راجع مادة (١) من ديكريتو

٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ او التي تروي اكثر من الف فدان واراد مالكها واحدا كان او متعددا التصريح من الحكومة بجعلها عامة فصرحت له بذلك والثانية هي التي تروي قرية او قريتين فقط وثمرة التقسيم امور منها ان العامة تعد من العقارات العمومية المخصصة للمنافع العمومية فلا تباع ولا ترهن ولا تملك بوضع اليد عليها المدة الطويلة وليست كذلك الخاصة ومنها انه يجب على الحكومة صيانة العامة (راجع مادة (١) من الديكريتو السالف) بخلاف الخاصة فان صيانتها على المنتفعين بها فان اهملوا ذلك فلمصلحة الري اجراء ما يلزم من تلقاء نفسها على مصار يفهم كما جاء بديكريتو ٢٥ مارث سنة ١٨٨٠ ومنها ان وضع اليد على جسور العامة او استعمالها لا يكون الا بتصريح من الحكومة بخلاف الخاصة فانه يكون فيها بلا حاجة الى تصريح ومنها ان استعمال العامة يكون حسب المقرر بالقوانين او اللوائح المختصة بذلك بخلافه في الخاصة فانه غير مقيد بنص قانون او لائحة (راجع مادتي ٣١ و ٣٢ منه) وقوله مع مراعاة ما تقتضيه القوانين والاوامر واللوائح اي مادة ١٢ من الديكريتو السابق فاذا رغب في ايجاد ساقية رفع عريضة للمدير فيرسلها للمفتش فيرسلها للباشمهندس فيأذن بذلك بخلاف ما اذا اراد وضع آلة رافعة على ارضه فان الباشمهندس يرفع عنها تقريرا الى المفتش اذله التصريح بوضعها اذا اراد والا فلا هذا وللحكومة فيما يتعلق بالنيل والترع العامة حق نظامي مطلق فلها التصريح بالانتفاع وعدم التصريح به بل ولها عند التصريح بيان مشتملاته ولما كان كذلك توجه هذا السؤال وهو أللمالك ان يطلب تعويضات مستندا على ان مصلحة الري لم توزع المياه بين الافراد حسبما تقتضيه العدالة والمساواة ـ الجواب فيه خلاف فمنهم من ذهب الى السلب مستندا بان لا حق مكتسب لأحد في الري وانه ليس هناك من قانون يلزم

الحكومة بتوزيع المياه الضرورية للري وان حق الحكومة في التوزيع نظامي فلا تسأل عما اذا اتبع فيه العدل اولاوان لها اذن ان توزع بالعدل على قدر الامكان ومنهم من ذهب الى الايجاب مؤيدا ذلك باقوى الحجج واعدل البراهين حيث قال مياه النيل والترع العامة تعد من الاملاك العامة فلكل مالك تنتفع ارضه بها حق مكتسب و يؤيد هذا الحق ما نص عنه بمادتنا من ان حق استعمال مياه الترع التي انشأتها الحكومة يكون بقدر ونسبة الاراضي المراد ريها وقال لم يكن هناك داع لعمل لوائح كثيرة لمصلحة الري اذا كان لها توزيع المياه حسب رغباتها واهوائها

(٣٢) من انشأ ترعة فله الحق في الانتفاع دون غيره بمائها او بيعه

(٣٣) يجب على كل صاحب ارض ان يجعل ممرا في ارضه للمياه اللازمة لري الاراضي البعيدة عن مأخذ المياه في نظير تعويض يعطي له مقدماً بعد تقريره بمعرفة المحاكم وعند التنازع تحكم بالكيفية التي يكون بها انشاء ذلك الممر وما يلزم من العمل بحالة يراعي فيها ما يمكن من تخفيف الضرر — وليس لصاحب الارض التي يسقيها بآلات او ترع ان يجبر اصحاب الاراضي التي دونه على قبول مياهه باراضيهم قوله ممر اي ولا بد من التساهل في اجرائه ولو لارض بجانب النيل اذا تراآي ان ريها منه اصعب من ريها من الجار وقوله مأخذ اي سواء كان ترعة عامة لطالب مرور الماء حق فيها او خاصة زاد ماؤها عن ري ارض مالكها كما ذكر بمادتي ٨ و٩ من الديكريتو السابق واما التعويض فتنظر فيه لجنة ادارية يرأسها المدير او مندوبه وتتشكل من الباشمهندس او مساعده ومن اثنين من اعيان الاقليم يعينهما ذوو الشأن كما جاء بمادة ٧ من الديكتو السابق وفي حالة اختلاف الاراء يقدم رأي الرئيس وهل يلزم التصريح الاداري قبل اخذ

الماء فمنهم من اوجبه شرطا لاخذه ومنهم من لم يوجبه في مادتنا لانه ليس بشرط الا فيما يتعلق بالافراد والحكومة لا فيما يتعلق بالافراد بينهم وبين بعض وهذا هو الارجح هذا وقد جاءت مادتا ١ و ٣ من ديكريتو ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ مخالفتين للفقرة الثانية من مادتنا حيث دلتا على جواز مرور مياه الري والتجفيف على ارض الجار فنسختناها وقد نصت مادة ٦ من الديكريتو المذكور على ان المتقرر على ارضهم هذا الارتفاق يجب عليهم ان يتركوا مجاري التجفيف من غير زرع وان لا يهدموها بسدها بتراب جسورها ولنضف انه يجوز منع استعمال الارتفاق حتى يدفع التعويض فاذا لم يدفع فيكتسب كسائر الديون بخمس عشرة سنة و يبقى حق الارتفاق لانه قانوني ولا يزول الا بالطرق القانونية

(٣٤) يجب على مالك الاسفل من طبقات الاماكن اجراء الاشغال والعمارات اللازمة لمنع سقوط العلو المملوك لغيره فاذا امتنع من اجراء العمارات المقتضية لحفظ العلو المذكور جاز الحكم عليه ببيع ما يملكه في المكان وعلى كل حال فللقاضي المعين للمواد الجزئية ان يأمر باجراء الاعمال الضرورية

تنبيه الاصل انه لا شيوع بين مالكي الادوار المختلفة و يستثنى منه الارض فانها مملوكة على الشيوع ان لم تكن ملكا لاحدهم خاصة والبئر والمجرور كذلك بخلاف السلم فقد دلت مادة ٣٦ الآتية بطريق الاشارة على انه مملوك خاصة لمالكي الدورين السفلي والعلوي

تنبيه آخر ليس على المقرر على ماله ارتفاق عادة الا ترك صاحب الحق يتمتع به الا في مادتنا فان عليه ان يعمل كل ما يكون ضروريا لحفظ الدور العلوي من السقوط

(٣٥) لا يجوز لصاحب العلو من الاماكن ان يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالبناء الاسفل

(تنبيه) لم يذكر القانون نصاً يتعلق بأباء صاحب الدور العلوى عن ترميمه اذا كان ضروريًا والواجب ان يكون لصاحب الدور السفلى بيع دوره في حالة الامتناع عنه كما انه يباع ملكه في تلك الحالة حيث ان العدل يقتضي ذلك .

(٣٦) على مالك الطبقة السفلى اجراء ما يلزم لصيانة السقف والاخشاب الحاملة له اذ انها تعتبر ملكا له وعلى مالك الطبقة العليا صيانة ارضية طبقته من بلاط او الواح وعليه ايضاً اجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذي لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى

(تنبيه) هذا خاص تقدم عامه في الفقرة الاولى من مادة ٣٤ السالفة :

(٣٧) اذا سقط البناء يجب على مالك الطبقة السفلى تجديد بناء طبقته والا جاز بيع ملكه بالمحكمة و يفهم منه انه اذا لم يرد احد من الملاك البناء جاز بيع الانقاض والارض وقسمة الثمن بنسبة قيمة طبقة كل مالك

(٣٨) ليس للجار ان يجبر جاره على اقامة حائط او نحوه على حدود ملكه وعلى ان يعطيه جزأ من حائطه او من الارض التي عليها الحائط المذكور ومع ذلك ليس لمالك الحائط ان يهدمه لمجرد ارادته اذا كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوي قوله باعث قوي اي بان يكون ملك الجار مغلقاً من جميع الجهات اما اذا لم يكنه فله هدم الحائط حيث لا ضرر للجار واذا كان للجار حق ارتفاق لصق حائطه بحائط جاره فلا يجوز هدم حائط من عليه الارتفاق بدون المحافظة على حائط من له هذا الحق

(٣٩) لا يجوز للجار ان يكون له على جاره مطل مقابل على خط مستقيم بمسافة اقل من متر واحد قوله لا يجوز اي قانونا غير انه لا مانع لاحد الجارين من ان يكون له مطل على مسافة اقل من متر باتفاقه مع جاره وكذلك يجوز له ان يفتح شباكا في جدار مشترك اذا صرح له جاره بذلك ويحتمل جواز فتح الجار منورا على جاره اذا لم توجد المسافة القانونية يكون مرتفعاً عن الارض مترين وعليه زجاج واسلاك حديدية بحيث لا يتمكن الجار به من النظر في دار جاره وذلك لتنوير وتهوية الاود التي تكون محتاجة الى ذلك لان المنور ليس بمطل حقيقي وقوله مطل اي فتحة بجدار يدخل منها الهواء والنور وقوله مقابل على خط مستقيم اي عمودي على خط ظاهر الجدار لانه لو لم يكنه بان كان شعاع الناظر من المطل يقع على الجار فيرسم مع خط ظاهر الجدار زاوية حادة او منفرجة كان المطل منحنياً لا مستقيما وقوله بمسافة اقل من متر واحد اي مخافة ان يكون المطل للاضرار بالجيران

(٤٠) تقاس تلك المسافة اما من ظهر الحائط الذى فيه المطل المذكور او من ظاهر الخرجة او المشربة

(٤١) محلات المعامل والآبار وآلات البخار والمحلات المضره بالجيران يجب ان تبني بالبعد عن المساكن بالمسافات المقررة باللوائح على مقتضى الشروط المبينة فيها (يراجع في ذلك امر التنظيم القديم الصادر في سنة ١٧٧٥ المتمم بديكريتو ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣) .

(٤٢) يجب على كل مالك ان يصرف في ارضه او في الطريق العام مياه الامطار ومياهه المنزلية بالتطبيق على اللوائح الصحيه قوله بالتطبيق على اللوائح الصحيه قيد راجع الى قوله او في الطريق العام هذا ويجوز ايضاً ان يتفق احد

الجارين مع الآخر على ان يصرف في ارضه مياه الامطار او مياهه المنزلية ويكتسب هذا الارتفاق بالمدة الطويلة ان كان مستمرا ظاهرا

(٤٣) لصاحب الارض التي ليس لها اتصال بالطريق العمومي الحق في الاستحصال على مسلك من ارض الغير للوصول الى الطريق المذكور ويكون الحكم بمعرفة الحاكم فيما يتعلق بتعيين ذلك المسلك وبتقدير ما يعطي مقدما من تعويض في مقابلة المسلك المذكور قوله ليس لها اتصال بالطريق العمومي اي فاذا كان لها اتصال به لكن المسلك صعب مضر فلا يكون للجار حق المرور على ارض جاره بخلاف ما تقرر في ذلك بالقانون الفرنساوي فانه شبه صعوبة المرور بعدم الاتصال وجعل الحكم واحدا فانظر اي الرأيين اولى بالاتباع واذا لم يكن لها اتصال وتقرر حق ارتفاق المرور ودفع التعويض في مقابلته ثم حدث الاتصال بان فتح طريق عام يتصل بتلك الملكية فيزول حق الارتفاق ويرد التعويض لصاحبه واذا نشأ عدم الاتصال بفعل صاحب الارض بان باع طريق الاتصال فليس له حق المرور على ارض جاره غير المباع له الممر وقوله ويكون الحكم بمعرفة الحاكم فيما يتعلق بتعيين ذلك المسلك اي بان تعينه اقصر المسالك واقلها ضررا على الجار الذي يقرر على ملكه حق الارتفاق وقوله من التعويض اي فاذا لم يدفعه طالب المسلك واستمر مستعملا حق ارتفاق المرور خمس عشرة سنة صار له هذا الحق وزال عنه واجب دفعه كما تزول سائر الديون بتلك المدة

﴿ الفصل الخامس السادس ﴾

في حقوق الامتياز والرهن العقاري والحبس والتعلي

من الاصول المقررة انه اذا لم يكن عند المدين ما يفي بجميع ديونه قسم ماله بين دائنيه بنسبة مقدار دين كل منهم اي قسمة غرماء غير انه توجد بعض

ذيون جعلها القانون ممتازة عن غيرها بحيث تؤخذ من اموال المدين بالأولوية عن سواها وانه يجوز للدائنين ان يأخذوا الاحتياطات اللازمة لتجنب الخسارة عند اعسار المدين وان يأخذوا عليه ضمانات يؤثرون بها عند التوزيع على سائر الدائنين وهذان الامران هما منشأ حقوق الامتياز والرهن العقاري وقد عرفوا الامتياز بانه حق تقتضيه صفة دين الدائن بموجبه يستوفي دينه قبل غيره من الدائنين ولو المرتهنين - ومن الديون الممتازة المصاريف القضائية كمصاريف الحجز والبيع القضائيين ومصاريف توزيع متحصل البيع على الدائنين حسب مراتبهم او حسب نسبة دين كل منهم وسبب امتيازها انها صرفت في صالح جميع الدائنين فوجب ان تؤدي قبل ديونهم وتدفع من ثمن الاملاك المنصرفة لحفظ املاك المدين قبل ديون الدائنين وتلك الاملاك اعم من ان تكون منقولات او عقارات ويجتمع الامتياز مع الرهن العقاري في ان كليهما حق عيني وسبب اولوية الدائن و يفترقان في ان الامتياز لا يوجد الا بمقتضى نص في القانون وقد ينشأ من عقد الرهن الحقيقي (راجع مادة ٥٤٠ من القانون المدني الاهلي) بخلاف الرهن فانه لاينشأ الا من العقود وفي ان الامتياز يكون على العقار وعلى المنقول او عليهما معاً بخلاف الرهن العقاري فانه لايتقرر الا على العقار وفي انه بناء على هذا الفرق الاخير ينشأ دائماً عن الرهن حق التتبع ولا ينشأ عن الامتياز الا اذا تعلق بعقار

والرهن اما ان يكون حقيقياً وهو ما تكون العين فيه محبوسة في يد الدائن و يكون على العقار وعلى المنقول واما ان يكون حكمياً وهو حق عيني غير قابل للقسمة مقرر على عقار يبقى في حيازة المدين لايفاء الدين الذي رهن من اجله ويستنتج من كونه حقاً عينياً ان للمرتهنين حق الاولوية على من عداهم من

الدائنين وكذلك حق تتبع العقار والمطالبة به في يد أي شخص سواء كان نفس المدين أو غيره وانه جزء من حق الملك لاشتماله على جميع الحقوق العينية التي منها الرهن فليس للمدين بعد رهن عقاره التصرف فيه مطلقاً فاذا هدمه أوخرّ به عومل بمادة ٥٦٢ من القانون المدني الاهلي واذا باعه عومل بنص مادتي ٥٩٢ و٥٩٣ منه وتابعيته للدين قد تكون بالفعل أو بالقوة فاما تابعيته بالفعل فظاهرة واما تابعيته بالقوة فتكون فيما اذا قرر المدين رهناً على عقاره على ان يقرضه الدائن الف جنيه لانه وان لم يك في هذه الصورة سبباً بالفعل لكنه سبب بالقوة اي اعتبارياً وكما ان كل تابع يلازم متبوعه وجودا وعدماً فكذلك الرهن والدين والمراد بقولنا غير قابلة للقسمة ان العقارات المرهونة وكل جزء من اجزائها ضامن للدين فلو رهنت جملة عقارات فيجوز حجز كل واحد منها لاستيفاء الدين لا لايفاء جزء منه مناسب لقيمة هذا العقار ولا يلزم فك مقدار من الرهن اذا وفى جزء من الدين وسبب عدم تجزئته حمل المدين على تخليص كل ما رهن قبل حلول الاجل ونزع ملكيته منه لكن يجوز للمتعاقدين اشتراط تجزئته لان عدم قابليته لها شرط فيه لا شطر منه وانما اختص هذا الرهن بالعقار دون المنقول لانه لو تقرر عليه لكان عقبة جسيمة في طريق بيعه وشرائه ولانه يعسر اشهاره فيه لكثرة تداوله والعقار الذي يترتب عليه هو الحائز لصفة الاستقرار من اصل الخلقة كالارض أو بصنع صانع كالمباني او بالتخصيص كالمنقولات التي الحقها المالك بعقاره لاستعماله واستغلاله (راجع المادة ٥٦٤ منه) بحيث لو فصلها المالك عنه ترجع لها صفتها الاولى وينفك الرهن عنها لكن اذا حدث من ذلك ضعف للتأمينات كان للدائن الخيار بين طلب اداء الدين فورا او طلب تأمين آخر ويجوز رهن العقار المتنازع فيه فان ثبتت الدعوى ثبت الرهن والا فلا

و يجوز رهن المنجم ونتبع فيه نصوص القانون العثماني الصادر في ١٦ ابريل سنة ١٨٦٩ ورهن المالك حصته الشائعة ولا يخلو اما ان تباع قبل القسمة فياخذ المرتهن دينه من ثمنها بالامتياز على غيره واما ان تباع بعدها فيبقى الرهن على ما آل للمدين بعد البيع لان القسمة مقررة للملك (راجع مادة ٤٥٧ منه و يجوز رهن الرهن غير ان لقاضي التوزيع بين الغرماء تاجيله بين دائني الدائنين اذا قام اشكال حتى لا يحدث ارتباك في التوزيع بين الدائنين الاول (راجع مادة ٣٥٦ من قانون المرافعات الاهلي) و يشترط لصحة الرهن العقد الرسمي وان لم يشترط لصحة البيع الذي هو محل الملك بتمامه لان انعقاده يستلزم مراعاة قواعد قانونية تخفى غالباً على المتعاقدين ولان محرره وهو من موظفي الحاكم يتمكن من تفهيم المدين عاقبة الرهن الوخيمة من جواز وقوع حجز على عقار يتبعه بيعه ولانه لو جاز الرهن بالعقد العرفي لافعمت سجلات المحاكم برهونات باطلة ينكرها اربابها وغير خاف ما ينشأ عن ذلك من القضايا التي لا تنفد

وحق الحبس هو ما يخول للمدين بشيء ابقاءه في يده حتى يسدد له الدين الذي هو سبب فيه ويؤخذ من هذا التعريف ان صاحب هذا الحق يجب ان يكون حائزا بحيث لو خرج الشيء من حيازته لم يكن له حبسه وان يكون سبب الدين المطالب به هو المحبوس فليس للمودع بالفتح ان يحبس الوديعة محتجاً انه اعار شيئاً للمودع بالكسر وهو حق عيني صالح للاحتجاج به على جميع الدائنين الاخر (راجع الفقرة الاخيرة من مادة ٥٥٤ من القانون المدني الاهلي) وسببه ان المطالب بالكسر بما لم يدفع ما نشأ عنه من الدين يكون سيء النية مدلساً فوجب ان يحتج عليه بتدليسه

و يوجد حق التعلي في القانون الفرنساوي وهو حق امتلاك المباني الموجودة

الفصل السابع
في اسباب الملكية

هي في القانون الاهلي العقود والهبة والميراث والوصية ووضع اليد واضافة الملحقات للملك والشفعة ومضي المدة الطويلة فاما العقود فهي عبارة عن تراضي المتعاقدين على امر قانوني كالبيع والقرض والايجار وغير ذلك وهي سبب الحقوق الشخصية والعينيه وتسجيلها ضروري لنقل ملكية الحقوق العينية العقارية بالنسبة للغير وغير ضروري بالنظر للمتعاقدين واما الهبة والميراث والوصية فهي من مسائل الاحوال الشخصية واما وضع اليد فهو حيازة ما ليس ملكا لاحد بقصد امتلاكه كحيازة الصائد للحيوان المقتنص وهو سبب في الملكية لا في اكتساب الحقوق الشخصية كالديون لانها معنوية ومتعلقه يجب ان يكون ماديا واما اضافة الملحقات للملك فراجع فيها الفصل الخامس من القانون المدني واما الشفعة فهي قانونا الحق الممنوح لبعض الناس للحلول محل مشترى العقار مع دفع ثمن ومصاريف شرائه وقد اعترض بعض متشرعي اوروبا على هذا الحق فقالوا انه مانع من حرية العقد ففيه جبر على البائع ونزع ما اكتسبه المشتري والقول ليس فيه جبر على البائع ولا ابطال لحرية العقد لان للبائع ان يبيع لأي شخص غير أن للشفيع الاخذ من المشتري لكونه اولى منه لدفع الضرر عنه اذا كان جارا او شريكا او لكونه معير الارض وآذنا بالبناء والغرس فيها ونزع ما اكتسبه المشتري اذا كان للاوجه السالفة لم يضر وايدته محكمة الاستئناف المختلطة حيث قالت في حكمها الصادر في ٨ ابريل سنة ١٨٩١ انه سبب وقاية المنزل وحفظ اموال العائلة وايده بعض المتشرعين على التفصيل فقال اما ثمرته في حالة المعير فانه يجمع البناء او الزرع والارض في ملك واحد واما في حالة الشريك ففائدته

حفظ مال العائلة وعدم افشاء سرها وعدم ضرر ملاك المشاع مــن الدخيل الذي ربما لم يتحد معهم لاستهلال اموالهم وادارتها واما في حالة الجوار ففيه رفع ضرر الجوار الخطر مخافة ان يكون المشتري جار سوء وفيه فضلا عن ذلك جواز تنظيم البناء اذا كان الماخوذ احد دورين لمنزل واذا اجتمعت احوال هذا الحق في شخص جاز له ترك التمسك باحدها والاحتجاج بالآخر لأن تلك الاحوال متميزة عن بعضها اما اذا كانت لكثيرين فيقدم المبير ثم الشريك ثم الجار ~~واذا كانت الشركة لكثيرين فيقدم المبير ثم الشريك ثم الجار~~ واما اذا كانت الشفعة لكثيرين من الشركاء او الجيران فيقسم المشفوع بين المشتري اذا كان من الشركاء وسائرهم على حسب رؤسهم عند ابي حنيفة رضي الله عنه لعدم تفاوتهم في موجب الحق وعلى قدر الانصباء عند الشافعي رضي الله عنه لتفاوتهم في الملك ولا تجب الشفعة الا ببيع صحيح لازم فلو كان الخيار للبائع فلا تجب الشفعة في مدة الخيار الا اذا اسقط البائع خياره ولا في القسمة لانها افراز من وجه وتمليك من آخر ولا في الاجارة ولا في الانتفاع لأنها لاتكون الا في ملك عين العقار حتى لو باع شجرا او بناء بدون الارض لا تجب الشفعة بخلاف ما لو باعهما تبعاً فانها تجب فيهما تبعاً للأرض ولا تورث لانها من الحقوق المجردة عن المالية كحق القصاص فتتم عقدة البيع للمشتري و يشترط لصحتها طلب جميع المشفوع حتى لو طلب احد الشركاء بعض المشفوع الذي يستحقه سقط حقه لجواز ان يترك للمشتري البعض الذي لا ينتفع به كما لو كان المشفوع ارضاً وكان بعضها غير صالح للزراعة و بعضها صالح لها فيأخذ الصالح بالشفعة و يترك غير الصالح وهذا في الاضرار بالمشتري بمكان ولا تطلب الا في مواجهة المشتري ومن الآخذ عقارا بدلا عن دينه لا في مواجهة الموهوب له ولو كانت الهبة له بصورة بيع لان

العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالالفاظ والمباني

والتملك بمضي المدة هو الحيازة المتوفرة فيها الصفات القانونية المدة المعينة في القانون ومدة ثلاث وثلاثين سنة في الوقف ومضي المدة الطويلة سبب في امتلاك المنقولات والعقارات وفي هذه الاخيرة سبب في امتلاك حق الانتفاع والارتفاق المستمر الظاهر اما الاموال المعنوية كالدين فلا تملك بالمدة الطويلة لعدم جواز حيازتها حيث انها لا تكون الا في المادية غير انها تزول بها بمعنى ان المدين الذي لم يطالب المدة الطويلة بدينه له الاحتجاج بزوال الدين بمضيها وظاهر التملك بمضي المدة االطويلة وزوال الدين بها ان فيها ظلما وتعديا لان فيهما تغلب حق على حق آخر وهذا لا يجوز عدلا ومع ذلك يجوز تأييدهما بامرين (الأول) عند عدم وجود التملك بمضي المدة يستحيل على المالك اثبات حق ملكه لانه يلزم حينئذ باثبات ملكية من آل اليه ملكهم الى ما لا نهاية وهو مستحيل لكن التملك بمضي المدة لم يجبر مريد الاثبات الا على اثبات امتلاكه مدة خمس عشرة سنة بالاكثر ولنضف الى ذلك ان من ترك ملكه توضع يد اجنبي عليه ليس اهلا للشفقة لاهماله وان الاجانب الذين ظنوا ان الحائز مالك اولى بالرعاية لانهم بمثابة المقهورين على الخطأ ويجوز اضران يقال ايضاً ان المقنن بريد وضع حد للقضايا التي تطالب بها الديون لانه لاينبغي ان تلزم الحاكم بالحكم في طلبات تتعلق بحوادث قديمة جدا لا يمكنها الوقوف على حقيقتها واعلم ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان كما قال في الاشباه اه ولكن لما رأى بعض الملوك الاسلاميين ان في عدم التخصيص بزمان تكثيرا للحيل والتزوير امروا قضاتهم في جميع الولايات ان لا يسمعوا دعوى بعد مضي خمس عشرة سنة الا في الوقف والارض ووجود عذر شرعي ومال اليتيم والغائب وفي بعضها خلاف فلو سمعها

القاضي بعد هذه المدة لم ينفذ و يجب على السلطان الذي نهى قضاته عن سماع الدعوى بعد هذه المدة ان يسمعها بنفسه او يأمر بسماعها كي لا يضيع حق المدعى والظاهر ان هذا اذا لم يظهر من المدعي امارة التزوير ثم ان الوقف لو طالت مدة دعواه بلا عذر ثلاثا وثلاثين سنة لا تسمع واستثناء مال اليتيم مقيد بما اذا لم يتركها بعد بلوغه هذه المدة و بما اذا لم يكن له ولي لم يبين للغائب مدة فتسمع ولو بعد خمسين سنة لان الترك لا يتأتى من الغائب له او عليه لعدم تأتي الجواب منه بالغيبة والعلة خشية التزوير ولا يتأتى بالغيبة الدعوى عليه فلا فرق بين غيبة المدعى والمدعى عليه وكذا الظاهر في باقي الاعذار انه لا مدة لها لان بقاء العذر وان طالت مدته يؤكد عدم التزوير وهذه العبارة اقتطفتها من حاشية ابن عابدين وشرح الدرر بالتلخيص ليظهر للمتأمل جليا العدل والحق والتفصيل الواضح وليقارن المنصف بين قول علماء الاسلام ان الحق لا يسقط بتقادم الزمان مع قولهم انه يتخصص بخمس عشرة سنه الموافق للعقول السليمة كلها و بين القطع في القانون بعدم سماعها مطلقاً بعد تلك المدة وضياع الحق الامر الذي ليس له من التحقيق والعدالة ادنى نصيب

الباب الحادي عشر

في الدعاوي

الفصل الأول

في تعريف الدعوى وما يترتب عليه

الدعوى هي الرجوع الى سلطة القضاء للالزام بالاعتراف بحق متنازع فيه او باحترام حق انتهكت حرمته فالدعوى مؤيدة للحق ومنه تؤخذ امور أربعة (الاولى) لا حق بلا دعوى والقانون الروماني لم يثبت هذه القاعدة فجوز ان يكون

حق بلا دعوى كما اذا وضع اليد روماني على ارض الغير مع اعتقاده بانها ملكه وبنى عليها وردها لمالكها بدون ان يرفع ذلك الواضع دعوى مخصوصة تسمى اكسيسيون ددُول مطالبا بمصاريف البناء فانه يحرم منها مع الاعتراف قانونا بانها حقه ولهذه القاعدة استثناآت تذكر في باب التعهدات بالقانون المدني (والثاني) كل حق له دعوى واحدة واذا كانت جملة حقوق لشخص واحد جاز له ان يقيم دعاوي بقدر تلك الحقوق مثال ذلك من اخرج من ملكه بالقوّة له ان يقيم دعوى العود وهي من دعاوي وضع اليد ودعوى الاسترداد ودعوى التعويض وذلك لانه حصل له ضرر بنزع يده وتجريده عن ملكه وخسران ثمراته وخالف القانون الروماني ذلك اذ جوز اقامة دعاوي لتأييد حق واحد كمن اتلف من الشركاء شيأ من املاك الشركة فانه يلزم بتعويضه بدعوى (البروسسيو) ودعوى قانون (أكويليا) (والثالث) الدعوى تشبه الحق من بعض الوجوه فتكون عينية او شخصية قابلة للقسمة اولا وللانتقال للورثة اولا وللتنازل عنها اولا الى غير ذلك (والرابع) عدد الدعاوي معين عند الرومانيين وليس كذلك عندنا اذ يجوز للمتعاقدين ايجاد تعهدات لاحد لها بشرط ان لا تكون مخالفة للنظام العام ومكارم الاخلاق فتكون دعاويها لاحد لها ايضاً

الفصل الثاني

في شروط اقامة الدعوى

هي اربعة (الاول) يجب ان يكون لمقيمها حق قانوني لم يسقط بمضي المدة الطويلة وليس معلقاً على شرط لم يقع ولا مؤجلا باجل لم يحل مثال ذلك الحقوق العينية فقد قيل انه لو وجد حق عيني سوى الحقوق المدونة منها بالقانون لم يجز ان يكون اساساً لدعوى وقيل بصحة ذلك فالمسئلة خلافية (والثاني) ان يكون له

منفعة فلا يجوز لشخص ان يشغل القضاة بمنازعة لا فائدة فيها فليس له ان يقيم دعوى تعويض اذا لم تحصل له خسارة وان تكون حالية لكن الخسارة المتوقعة يجوز ان تكون اساساً للمنفعة التي هي مبنى الدعوى مثال ذلك المهدد بفتح شباك من الجار مطل عليه له ان يرفع دعوى وضع اليد المسماة بابلاغ عمل جديد لينقطع ذلك العمل عنه ثم المنفعة اما ان تكون مالية او ادبية كحقوق الشرف مثال ذلك الدعوى المدنية التي يقيمها من توجه اليه السب فان الغرض منها تعويض شرفه (والثالث) ينبغي ان يكون له صفة في الدعوى التي يقيمها والصفة هي الحق الشرعي الذي به تجوز المرافعة امام القضاة و بعبارة اخرى هي العنوان الذي ينطبق على المترافع في القضية ككونه مالكاً لما يتنازع فيه او وكيلا شرعيا او اتفاقياً او دائناً فاما مالك الحق المتنازع فحقه في المرافعة ظاهر واما الوكيل فلأنه كالأصيل وتكون الوكالة مطلقة ومقيدة وشرط صحتها ان تكون في امر شرعي وقاعدة (ليس لأحد الحق في المرافعة بوكيل) التي ذكرت بالشروحات الاوروبية محمولة على انه ليس للوكيل ذكر اسمه في المرافعة فقط بل لا بد من ذكر اسم الموكل فيها وفي اوراقها وورقة الحكم اصلا كانت او صورة ـ وقد استنبط من ذلك متأخرو المتشرعين حكمين (الاول) ليس لشركة لم تعتبر شخصاً قانونياً ان توكل احداً عنها لانه لم يتعين لها اسم فيذكره في المرافعة (والثاني) ان غير الوكيل يذكر اسمه في المرافعة كما اذا اجر مقاول عملة لبناء بيت لرجل لم يعقد معه وكالة فله ان يقيم عليهم دعوى باسم نفسه عن سواه بشرط ان لا يكون في ذلك ضرر بالغير فمن يحضر امام المحكمة بصفته مشتريا لشيء مع انه ليس كذلك وانما هو يترافع لمنفعة الغير تقبل منه اقامة دعوى الاسترداد (راجع حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر في ٢٤ فبراير سنة ١٨٨٦ وقال بعض متشرعي اوروبا لافرق بين ان

يترافع الوكيل باسمه او باسم موكله واقول الفرق ظاهر بالبداهة لانهم شرطوا في الاول عدم الضرر ولهذه القاعدة التي نحن بصدد شرحها استثناء بقانون التجارة وهو وكلاء التفليسة يرفعون باسمهم الدعاوي المتعلقة بالتفليس التي يديرونها بصفة وكلاء عن الدائنين (راجع مادة ٢١٧ من قانون التجارة الأهلي وحكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر في يناير سنة ١٨٩١) ومع ذلك يؤخذ هذا الاستثناء بطريق المفهوم من مادة ٢٢٧ من قانون التجارة المختلط

الفصل الثالث

في اقامة الدائنين دعاوي مدينهم والغائهم عقوده

جاء بالمادة ١٤١ من القانون المدني ما نصه لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها الا لمدايني العاقد فانه يجوز لهم بمقتضى مالهم من الحق على عموم اموال مدينهم ان يقيموا باسمه الدعاوي التي تنشأ عن مشارطاته او عن اي نوع من انواع التعهدات ما عدا الدعاوي الخاصة بشخصه فدل هذا بالنص على انهم يقيمون الدعاوي في هذه الحالة باسم مدينهم وذكر ايضاً بالمادة ١٤٣ ما نصه للدائنين في جميع الاحوال الحق في طلب ابطال الافعال الصادرة من مدينيهم بقصد ضررهم وفي طلب ابطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق اضرارا بهم ففهمنا منه بالنص ايضاً انهم يقيمون في هذه الحالة الدعاوي باسم انفسهم ولنشرح الدعوى المشتملة عليها هذه المادة فنقول

ان سبب ايجاد هذه الدعوى بالقانون الاهلي امور منها انه لما كانت اموال الدائن مرتبطة باموال مدينه طبقا لما تقرر من ان اموال المدين العاجلة والآجلة ضامنة للدين اقتضى هذا الارتباط الحجز او البيع اذا حصل تدليس من المدين اضرارا بحقوق الدائن ومنها انه نشأ عن تدليس المدين في امواله لابطال حق

الدائن زوال حريته التي كان يتمكن بها من التصرف في ماله الضامن للدين لا يصح لان الدائن أحق من الموهوب له

وفيها ان تصرف بالهبة

وقد اختلفوا في وصفها على ثلاثة مذاهب فمن قائل انها عينية اذ يتتبع الدائن بها مال مدينه في اي يد انتقل اليها ليرد الى مدينه فيتمكن من استيفاء دينه منه والدعوى التي فيها ذلك التتبع لا تكون الا عينية ومن قائل انها مختلطة لكونها شخصيه مبدأ حيث يدعى فيها تدليس المدين عينية غاية ومن قائل انها شخصية لانها اما ان تتعلق برد منقول او عقار الى حيازة المدين ليحجز عليه و يدفع الدين من ثمنه فغايتها دفع الدين وما كانت هذه غايته من الدعاوي فهو شخصي البتة — وفي الغرض المقصود منها فقيل يقصد بها الغاء العقد المدلس فيه في منفعة طالب الغائه من الدائنين فقط وقيل بل في منفعته وسائرهم

وثمرتها الغاء العقد ودفع ضرر الدائنين برجوع مال المدين الى ما كان عليه قبل العقد المدلس فيه ولا يجوز لهم الافراط في ذلك حتى يطلبوا المبيع وثمنه والعوض والمعوض معا

والذي يقيمها هو الدائن وان كان دينه مؤجلا او موقوفاً على شرط لم يتم لانه يجوز مع التدليس مخالفة الاصول القاضية بانتظار تمام الأجل اوالشرط على ان المدين قد يقع في الاعسار بسبب ما دلس فيه من العقود فلا يجوز له الاحتجاج بالاجل « راجع مادة ١٠٢ من القانون المدني الاهلي وحكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر في ٢٤ يونيه سنة ١٨٧٦ ولا يملكها المدين لانه بعد صدور العقد منه لا يقبل طلبه الغاءه للتدليس لما فيه من التناقض وقيل له ذلك لانه قد يخفى عليه الغش لا سيما اذا كان عنده ضعف في العقل فالتمسك بالتناقض باطل كما لا يخفى

وشروط اقامتها ثلاثة « الاول » ضرر الدائن بالعقد المدلس فيه بأن يكون سبباً في اعسار المدين وزيادة اعساره حتى صار ما عنده لا يوفي بما عليه بخلاف ما اذا لم يؤد الى اعساره فانه لا يكون للدائن وجه في رفع دعوى بطلب بطلانه وما اذا كان الاعسار حاصلا بعد العقد وليس ناشئاً عنه لعدم حصول الضرر منه حينئذ وما اذا دفع الاجنبي العاقد مع المدين الدين للدائن لعدم الفائدة في رفع الدعوى وهذه الاحكام في العدل بمكان لانه لا يجوز عدلا ان يكون للدائنين الحق في الاضرار بلا حق باجنبي واضع يده غير ملزم بدفع شيء لهم وان يتركوا مدينهم اذا كان قادرا على دفع دينهم (الثاني) ان يسبق الدين العقد المدلس فيه فاذا كان الدين متأخرا لم تقبل بسببه دعوى الغائه الا اذا كان العقد لرفع تأمينات الديون واذا كانت عقود متعدده توجه الطعن على الكل وان كان الاعسار حاصلا من الاخيرة فقط (الثالث) التدليس وهو لا يتحقق الا مع قصد الاضرار فلو وفي المدين لبعض الدائنين دينه المؤجل لم يعد هذا تدليسا لان ضرره لبقية الدائنين بالتبع لا بالقصد وقولنا بقصد الاضرار يتضمن لزوم علمه بحالة ثروته و بانها لا توفي بالديون فاذا كان غير عالم بحالة ثروته فليس للمحاكم الغاء عقوده لوقوع الشك حينئذ — والاشتراك في التدليس فان العقد اما ان يكون بمقابل اولا فان كان الاول فلا بد لصحة الدعوى من اشتراك الاجانب مع المدين في التدليس فتلغي عقودهم حينئذ لخبث نيتهم وتدليسهم مع المدين وان لم يحصل لهم ربح من العقد (راجع الاحكام الصادرة من المحكمة المختلطة في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ وفي ٧ مارث سنة ١٨٨٧ وفي ١٣ يونيه سنة ١٨٨٨ واما اذا حسنت نيتهم فلم يحصل منهم تدليس فلا واما اذا كان بلا مقابل فتصح الدعوى مطلقا حسنت النية او ساءت فيؤثر على الموهوب

له لان الاول يتجنب ضررا والثاني يفقد ربحا واين هذا من ذاك

وكما ان للدائن اقامتها كذلك له الاعراض عنها صراحة او ضمنا كما لو طلب ممن اشترى من مدينه دفع الثمن او ترك العقار حيث انها تقررت في منفعته بخلاف الدعاوي التي تتعلق بالنظام العام فانه لا يجوز التنازل عنها كالدعوى العموميه والمدة التي يجوز فيها رفعها هي خمس عشرة سنة (مادة ٢٠٨ من القانون المدني الاهلي) مبدؤها يوم اكتشاف التدليس والغش الا اذا كان المدين قاصرا و باع بغبن يزيد على الخمس وتنازل قبل وفاته عن طلب تكملة الثمن فليس للدائن رفعها الا اثناء السنتين التاليتين لوفاته (مادة ٣٣٧ منه) وذهبوا فيما يترتب على الغاء العقد المدلس فيه الى ثلاثة مذاهب (الاول) ان الدائنين الذين كانوا اخصاماً في الدعوى هم الذين ينتفعون به دون سواهم لان الاحكام لا تنفع غير المتخاصمين (الثاني) ان جميع الدائنين ينتفعون به سابقين على العقد المدلس فيه او متأخرين عنه اخصاما في الدعوى اولا وهو رأي سديد لانه يوفر على الدائنين مشقة اقامة الدعوى بالتعاقب ولانها ادخلت في مال المدين جزأً ضامناً لاموال الدائنين فلا يختص به واحد دون الآخر راجع مادة ٥٥٥ منه (الثالث) لا ينتفع به الا من توفرت فيه شروط اقامة الدعوى لان الغرض منه تعويض الضرر ولا يتحقق الا فيمن استوفى تلك الشروط والفرق بينه و بين الاول ان مقتضى الاول ان المنتفع به المتخاصمون بخلافه فان مقتضاه انتفاع جميع من توفرت فيه الشروط وان لم يكن خصما

وللدائن الذي الغي عقد المدين المدلس فيه الامتياز المذكور بالفقرة الاولى من مادة ٦٠١ بالنظر لما صرفه لحفظ املاك المدين من المصاريف القضائية واتعاب المحامين

والعقد الذي الغي بالنسبة للدائنين يبقى صحيحاً بالنسبة للمدين والاجنبي العاقد معه لانه لم ينص قانون على الغاء العقود المتفق عليها بدون اكراه فباقي الثمن المتحصل من بيع الشيء العائد من الدعوى لاموال المدين ينبغي ان لا يُسلم للمدين بل للاجنبي واذا كان العقد الملغي بمقابل كالبيع والمعاوضة فللاجنبي الرجوع على المدين بما غرمه اصلا وربحا ومصاريف وان كان بلا مقابل كالهبة فليس للاجنبي الرجوع على المدين بالمصاريف التي دفعها عند اقامة الدعوى

وكل ما سلف متعلق بالعقود غير المصطنعة واما المصطنعة كما اذا وهب مدين عقاره لآخر ظاهرا وجعل في الباطن بقاء العقار على ملكه فحكمها انه لذوي الشأن من الدائنين ان يثبتوا ان العقد مصطنع وان العقار باق على ملكه وبين هذه الدعوى وتلك فروق منها ان الدائن يقيم هذه باسم مدينه وتلك باسمه كما مر ومنها ان لجميع الدائنين ولو المتأخرين عن الاصطناع اقامتها بخلاف الاولى فالاصل فيها انه لا يقيمها الا السابق على العقد المدلس فيه ومنها ان اثبات الاعسار والاشتراك في التدليس شرط هناك وليس شرطا هنا

الفصل الرابع
في اقسام الدعاوي

تنقسم الى عينية وشخصية ومختلطة والى عقارية ومنقولة والى اصلية وفرعية والى متحدة ومجتمعة ولنتكلم على كل من هذه الاقسام فنقول

الدعاوي العينية والشخصية والمختلطة ـ تكون الدعوى عينية اذا كان متعلق طلب المدعي حقا عينيا كحق الملكية والانتفاع ونحوها وشخصية اذا كان متعلق طلبه دينا وثمرات هذا التقسيم كثيرة منها انه يوجد بين الدعوى العينية والشخصية

اختلاف كالذي بين الحق العيني والشخصي فيجوز ان تقام العينية على كل واضع يده على الشيء و يمنح رافعها حق الاولوية في استيفاء دينه قبل غيره من الدائنين العاديين بخلاف الشخصية فانها لا تقام الا على المدين او ورثته والمدعي يقتسم ما نتج بينه و بين الدائنين الآخرين ومنها تقام الشخصية امام القاضي الجزئي او المحكمة الابتدائية مدنية او تجارية كما يفهم ذلك من مادة ٢٦ من قانون المرافعات الاهلي بخلاف العينية المتعلقة بملكية العقار فلا تقام الا امام المحكمة الابتدائية و يجوز اقامتها امام محكمة المواد الجزئية اذا كانت قيمة الطلب لا تزيد عن عشرة آلاف قرش « راجع المادة ٢٦ من قانون المرافعات الاهلي)

(تطبيقات) لا شك ان دعوى الاسترداد عينية وان اضاف المدعي لطلباته الاصلية ملحقات يكون الغرض منها خدمة شخصية كما لو طلب فضلاً عن الاسترداد ترميم الاتلاف الذي حصل من واضع اليد لان مقصوده بالذات هو الاسترداد ولانه لو لم نقل بذلك لما وجدت دعوى عينية لطلب المدعي دائمًا الحكم على المدعي عليه بالمصاريف وان دعوى المدعي بالدين فقط شخصية ايا ما كان اصل دينه

وتكون الدعوى مختلطة اذا كانت عينية وشخصية معا فهي طلب حقين مثلا زمين العيني والشخصي وهي كالدعاوي التي تقام لتنفيذ عقد يتعهد به مالك بتقرير حق عيني على عقاره اذ من المعلوم ان الملكية والحقوق العينية تنتقل بالنسبة للمتعاقدين بمجرد الرضا فينشأ عن ذلك ان الدائن الذي وعد بملكية عقار او بتقرير حق عيني عقاري آخر يكون له دعوى شخصية بصفته دائنا ودعوى عينية بواسطة الحق العيني المتفق على تقريره بين المتعاقدين المالك له مباشرة بمجرد العقد فدعوى الاسترداد ودعوى تقرير حق الانتفاع او الاستعمال او السكنى او حق الارتفاق

لا تكون عينية محضة الا عند اقامتها على غير المالك من الحائزين وتكون مختلطة متى اقامها المشتري او الموهوب له او المنتفع او من له حق الاستعمال او حق الارتفاق ضد البائع او الواهب او مالك الارض التي عليها حق الارتفاق ومعنى كونها مختلطة ان صاحبها يخير بين ان يقيمها امام محكمة العقار المتنازع فيه او امام محكمة المدعي عليه

الدعاوي المنقولة والعقارية ـ صفة المدعي به هي التي تجعل الدعوى عينية او شخصية او مختلطة ونوعه يجعلها منقولة كالتي تقام لطلب مبلغ من النقود وعقارية كالتي يقيمها المرتهن لعقار على مالكه او حائزه بطلب دفع الدين او اخلاء العقار وثمرات هذا التقسيم الاخير كثيرة منها ان الاختصاص النوعي يتعين في المنقولة على حسب مبلغ الطلب وفي العقارية يكون غالبا على حسب ذاتها فالدعاوي المتعلقة بالملكية ترفع امام المحكمة الابتدائية ودعاوي وضع اليد امام المحكمة الجزئية (راجع مادة ٣١ والفقرة الرابعة من مادة ٢٦ من قانون المرافعات الاهلي) ومنها ان الاختصاص المركزي يكون في المنقولة بمحكمة المدعي عليه وفي العقارية بمحكمة محل العقار المتنازع فيه هذا ويجوز ان تكون الدعوى منقولة وعقارية في ان واحد مثال ذلك دعوى استرداد منزل مفروش فالاختصاص يتعين حينئذ باهم موضوع للطلب فتختص بالحكم فيها محكمة محل العقار و يترتب على ذلك امور منها ان النزاع في تعهد بعمل بناء مثلا يكون دعوى منقولة فانه اذا لم يتنفذ تقام في شأنه دعوى تعويض فيكون المطلوب مبلغاً من النقود واذا تنفذ فاخذ المدعي عقارا لا يغير شيئاً في جنس الدعوى اذ ان المتعهد به هو عمل وانقاض لا عقار ومنها ان صفة المنقول او العقار المتعلقة بدعوى قد تتعلق بالحوادث فالمحصولات القائمة على الارض والثمار المدلاة من الفروع قبل تهيئها

للانفصال تعد عقارات بخلاف الحبوب والثمار المنفصلة فانها تعد منقولات فمشتري الحبوب المنفصلة او المهيئة للانفصال والثمار كذلك والاشجار المقلوعة او المهيئة للقلع لا تكون دعواه الا منقولة وكذلك مشتري الابنيه لا انقاضها المنفصلة او المهيئة للانفصال فانها منقولات فتكون الدعوى عقارية اذا اشترى الانسان بيتا ليسكنه وتكون منقولة اذا اشتراه ليهدمه لانه وان كانت الانقاض غير منفصلة يوم البيع فهي مهيئة للانفصال فتعد منقولات حكما و ينشأ عن التعهد باعطاء عقار او منقول بحسب اختيار المتعهد له دعوى دائرة بين المنقولة والعقارية حتى يختار المتعهد له هذا ومن المعلوم ان الدعاوي الشخصية تكون منقولة او عقارية اذا كان الغرض منها طلب منقول او عقار وان الدعاوي العينية تكون كذلك على حسب ما اذا كان موضوعها منقولا او عقارا ايا كانت الفائدة التي تحصل منها فحق الانتفاع بعقار هو حق عيني عقاري ولو لم ينشأ عنه الا ثمار هي منقولات وايضا الرهن العقاري هو حق عيني عقاري لاختصاصه بالعقار دون المنقول ولو كان الغرض منه دفع الدين والدعاوي التي تطلب بها هذه الحقوق تكون بالضرورة من جنسها وللدعاوي العينية العقارية تقسيم سنأتي على ذكره في الفصل الآتي

الدعاوي الاصلية والدعاوي الفرعية ـ اما الاصلية فهي التي لا تترتب على اخرى واما الفرعية فهي التي يقيمها الخصم اثناء دعوى مقامة و ينبغي التفريق بين الدعاوي الفرعية وفرع القضيه فان هذا الاخير هو كل ما عطل سيرها ولو بدون ان يغير اصل المرافعة او الفاظها كالتحقيق وتجريح القضاة وغير ذلك بخلاف الدعوى الفرعية فانها وان كانت فرع القضية لكنها توسع دائرة التنازع باضافتها مدعي الى الذي هو موضوع الخصومة الاصلية و يجوز ان تحصل الدعاوي الفرعية

من المدعي الذي يزيد او ينقص او يعدل القيمة التي طلبها اصلا او المدعي عليه الذي لعدم ارتياحه من معارضة المدعي يقدم دعوى عليه وفي الحالة الاولى تسمى الدعوى الفرعية دعوى اضافية وفي الثانية تسمى دعوى اقامها المدعي عليه اثناء دعوى اصلية ومثالها رفع ابراهيم دعوى على خليل يطلب بها تنفيذ بيع فطلب خليل فضلا عن ابطال مدعيات المدعي فسخ العقد والدعاوي الفرعية سواء اقامها المدعي او المدعي عليه تخالف الدعاوي الاصلية فانها معافاة من واجب مصالحة القاضي للخصمين

الدعاوي المتحدة والمجتمعة تكون الدعاوي متحدة فيما اذا نشأ عن الحق الواحد جملة دعاوي تؤيده كحق الدائن فانه يؤيد بدعوى طلب وفائه من المدين و بدعوى طلب حجز ما للمدين لدي غيره و بدعوى طلب الحجز على عقاراته المرهونة وتكون مجتمعة فيما اذا نشأ عن الحادثة الواحدة حقوق كل منها له دعوى

الفصل الخامس

في اقسام الدعاوي العينية العقارية

تنقسم الى متعلقة بالملكية كدعاوي استرداد الملك او طلب حق انتفاع او استعمال او سكنى او ارتفاق ومتعلقة بوضع اليد وهي التي يحافظ عليه بها ولهذا التقسيم ثمرات منها ان دعاوي الملكية تختص بالنظر فيها غالبًا في الدرجة الاولى المحكمة الابتدائية وفي الدرجة الثانية محكمة الاستئناف بخلاف دعاوي وضع اليد فانها ترفع امام القاضي الجزئي ومنها ان دعاوي وضع اليد لها اجراآت مخصوصه

الفصل السادس

في منشأ وثمرة وموضوع دعاوي وضع اليد

حيث ان الملكية لا تثبت على الخصوص الا بوضع اليد اهتم المقننون في

ازالة التكدير والتشويش عنه بتدوينهم دعاوي وضع اليد ولاجل الحصول على الغرض المقصود منها التزموا اولا بايقاف نتائج كل اغتصاب بتقرير عقوبة خاصة بالتشويش في وضع اليد راجع مادتي ١ و ٢ من ديكريتو ٣ مارس سنة ١٨٩٢ ثانياً بان يجعلوا مبني وضع اليد او الاستمرار عليه نفس الحيازة الى ان يثبت حق امتلاك لغير الحائز ثالثاً بان يمكنوا الحائز من الحصول على حكم عاجل لاجل ان لا يبقى وضع اليد مشكوكا فيه زمناً طويلاً راجع الفقرة الرابعة من المادة ٢٦ من قانون المرافعات الاهلي فانها قررت اختصاص قاضي المحكمة الجزئية القريبة من مراكز المشاحنة بالنظر في دعاوي وضع اليد واعترف في روما منذ الازمان الاولى بامتياز الحائز فان القاضي الذي كانت ترفع امامه دعوى استرداد الملكية كان يبحث من تلقاء نفسه عن الحائز من الخصمين ليحكم له بالتمتع المؤقت اثناء تحقيق الدعوى ولكن في المدة المتوسطة للاحكام الرومانية انفصل وضع اليد عن الملكية واخذ محله في القانون وصار معقبا بدعاويه الخاصة التي اطلق عليها عنوان دعاوي وضع اليد وهي اولا الدعوى التي كانت تعطي لمن حصل له تكدير وتشويش في وضع يده بدون تجريده عنه ثانيا الدعوى التي كانت تعطي لمن جرد بالقوة عن ملكه ثالثاً دعوى البلاغ بعمل جديد التي كان يتمكن بها مقيمها من منع من يضر بملكه ببناء او هدم

وقد اعترض بعضهم على قبول الشرائع دعاوي وضع اليد فقال اولا يترتب على تدوين هذه الدعاوي بالشرائع حصول قضيتين في امر واحد اذ يلتزم المالك بعد رفعه دعوي الاسترداد الاصلية ان يرفع دعوى وضع يد مطالبا باستحقاقه الحيازة مع ان ترك وضع اليد لمن يتمتع به والمرافعة في الاسترداد امر ابسط واسهل ثانياً قد يصعب على بعض القضاة التفريق بين دعاوي وضع اليد ودعوى

الملكية فيخطأ فتنشأ عن خطئه دعوى ثالثة ترفع لتعيين القاضي المختص وهذا موجب لكثرة القضايا بالمحاكم لكن اجيب عنه بقولهم انا نرى كل يوم في القري حدا يزال عن موضعه او ارضاً مغتصبة فما على المغتصب منه الا رفع دعوى وضع يد امام المحاكم الجزئية بطلب الكشف على الاعيان الثابتة للحكم على الغاصب بدون غرامة مصاريف كثيرة بخلاف ما اذا لم تكن تلك الدعاوي مقبولة فانه يجب على ساكن القرى السياحة الى المدينة للبحث عن محام يترافع له في قضيته وللحضور يوم نداء الدعوى وهكذا حتي يصدر الحكم فمن ذا الذي يقوم باعمال الحرث اثناء تلك السياحات هذا وقد يكون الكشف على الاعيان الثابتة ضروريا للحكم في الدعوى فهل تنتقل المحكمة الابتدائية اوتنتدب قاضياً من محكمة قريبة لمحل العقار وكلا الحالتين يدعو الى انفاق مصاريف كثيرة من غير حاجة اليها وقد يتغلب احد الخصمين على الآخر لبعد المحاكم عن مركزيهما فيؤل الامر الى الفوضى

ويجوز ان يكون موضوع دعاوي وضع اليد العقارات المادية وبعض حقوق الارتفاق والحقوق العينيه العقاريه ولنتكلم على كل من هذه فنقول

لا يجوز ان يكون العقار المادي موضوع دعوى وضع اليد الا اذا كان قابلا للحيازة التي ينشأ عنها امتلاكه بمضي المده الطويلة وهذا الشرط في غير دعاوي الحكومة على من يشوش عليها وضع يدها على العقارات الميرية من الاهالي واذا امكن حيازة حقوق الارتفاق وامتلاكها لمضي المدة الطويلة جاز لواضع اليد عليها ان يقيم دعوى تشويش ويلزم ان نضم الى هذه القاعدة اخرى وهي انه لا يجوز ان تكون الاعمال الممنوحة اختيارا اساسا لوضع يد يؤدي للتملك بمضي المدة كوضع يد مالك على الحائط المتوسط الذي صرح له بان يفتح فيه

شبابيك بشرط ان تغلق بمجرد طلب ذلك منه فالاعتراف بالصفة الوقتية بهذا الحق يقام حجة على من صدر منه وعلى ورثته لا على المشتري منه اذا لم يحتج هذا المشتري الى ضم وضع يد البائع له الى وضع يده و يجوز ان يكون كل حق عيني عقاري قابل لوضع اليد عليه موضوع دعوى وضع اليد بشرط ان لا يكون العقار المتعلق به هذا الحق مملوكا للميري

ملحوظة لا تقام دعاوي وضع اليد على المنقولات لعدم اهميتها وتداولها بكل سرعة ونظرا لكونهم قرروا ان وضع اليد على المنقولات كسند التمليك فكل مناقشة في وضع اليد على المنقولات تكون مناقشة في الملكية والايرادات لما كانت شخصية منقولة كما ذكر بالمادة ٤٧٩ وما يليها من القانون المدني الاهلي لم يجز ان تكون موضوع دعاوي وضع اليد وكذلك جميع الحقوق غير العينية العقارية كالحق في طلب اعمال مؤقتة كترميم البيت اما المنقولات التي صارت عقارات حكما فينبغي التفصيل فيها بان يقال اذا كانت متممة للعقار كالاقفال والمفاتيح وغير ذلك فللمالك ان يدعي التشويش في وضع يده على ارضه حين استلام هذه الاشياء امام القاضي الجزئي واذا كانت كالتي ذكرت بالمادة الرابعة من القانون المدني فيترتب على نزعها من يد مالكها نزاع في الملكية او وضع اليد على العقار بل يكون في نزعها اغتصاب يجوز ان تكون نتيجته الاسترداد او دعوى شخصية بالتعويض

الفصل السابع

في دعاوي وضع اليد

هي ثلاثة العود والشكوى والابلاغ بعمل جديد فأما الدعوى الاولى فهي ما يقيمها المغتصب منه عقاره بالقوة او من منع عن التمتع بحق عيني قابل للحيازة

طالباً بها رد المغتصب لحيازته وهي كسائر دعاوي وضع اليد لاتمس اصل الحق وتقام كدعوى التشويش والتكدير في نفس سنة الاغتصاب وترفع امام القاضي الجزئي الموجود بمحل المتنازع فيه وتختلف هي ودعوى الشكوى عن دعوى الاسترداد في كون الغرض المقصود بالذات منها العقاب على الغصب للمحافظة على وضع اليد وفي اقتضائها رجوع الحيازة الى المالك في زمن قليل بخلاف دعوى الاسترداد فانها تستدعي زمنا طويلا ومصرفا زائدا واجراآت كثيرة واذا حصل الطرد بالقوة من المؤجر فالمستأجر الخيار بين دعوى العود ودعوى الايجار ومنشأ هذه الدعوى أمر من شأنه ان يضر ولو من بعض الوجوه بالامن والنظام العام و ينبغي ان تكون حيازة مدعيها ظاهرة لان الهيئة الاجتماعية لاتدافع عن وضع يد مجهول وان تكون بغير منازع فمن لم يحصل على الحيازة الا بالغصب بالقوة فلا تقبل اقامتها منه اذا نزع منه وضع يده ولو بالقوة ولم تمض مع ذلك من وقت انقطاع الغصب مدة كافية لاعتبار الحيازة عارية عن النزاع لكن اذا مضى ذلك الزمن رجعت الحيازة عارية عن المنازع وسمحت له باقامتها على نفس من نزع منه ملكه بالقوة و يحافظ بهذه الدعوى على جميع الحقوق المكتسبة ولو كان اصلها فاسدا

(ملحوظات) (الاولى) لا يلزم ان ينشأ الغصب عن مضاربة بل قد ينشأ عن وضع باب على ارض الغير لمنعه من الدخول فيها (الثانية) ترفع دعوى الشكوى على كل منازع بخلاف دعوى العود فانها مختصة بالغاصب وشريكه لانها تنشأ عما يضر بالنظام العام وكل ما ينشأ عن ذلك يختص بالجاني او شريكه (الثالثة) يجوز ان ترفع دعوى العود على الاشخاص الاعتبارية او على الافراد و يعد فاعلو الغصب مشتركين في الجريمة فيجوز الحكم عليهم بطريق التضامن

بالرد والتعويضات اذا استحال تعيين مقدار اشتراك كل منهم في الحادثة التى نشأ عنها الضرر كما ذكر بمادتي ١٥٠ و١٥١ من القانون المدني الاهلي)

واما الثانية فهى التي يقيمها واضع اليد على ارض او حق عيني عقاري لاستبقائه وضع يده الذي حصل فيه تشويش وتكدير وينبغي لاقامتها ان يكون وضع يده بلا منازع وان يكون ظاهرا ومستمرا وبصفة مالك والتكدير والتشويش مادي وقانوني فالمادي ما انحصر في مشروع يضر بوضع اليد ولو لم ينشأ عنه تجريد منه والقانوني نزاع في الحقوق سواء كان بادعاء الملكية او الانتفاع او الارتفاق

واما الثالثة . فهى طلب الامر بايقاف اعمال وان لم تضر في الحال بوضع يد المدعي لكن يحصل منها ذلك الضرر اذا تمت وهي مستمدة من القانون الروماني وترفع هذه الدعوى بطلب ايقاف العمل عند الابتداء فيه فاذا ترك الطلب الى ان تم العمل وجب رفع دعوى الشكوى

﴿ الفصل الثامن ﴾

فيمن يرفع دعاوي وضع اليد ومن تقام عليه وشروط رفعها

هي للحائز بنفسه او بغيره سواء كان مالكا اولا و يترتب على ذلك ان للوارث الشرعي اقامتها بمجرد وفاة مورثه وكذلك المنتفع والمؤجر ولو لم يسجلا والمشتري والموهوب له وان لم يحوزا ولا يجوز للمدعي عليه ان يحتج عليهما بعدم التسجيل لاننا قدمنا ان الملكية تنتقل بين المتعاقدين بمجرد الرضا ولكن هذا لا يمنع الاجانب الذين لا تنتقل بالنسبة لهم الا بالتسجيل من الاحتجاج عليهما بعدم التسجيل وتقام على من يشوش على واضع اليد او يطرده بالقوة مع ادعائه وضع اليد واذا حصل تشويش او غصب لمستأجر خير بين رفع الدعوى على المؤجر

الاول او المؤجر الثاني لان التعدي يعتبرانه مرتكب من احدهما وللمؤجر الثاني ان يدخل المؤجر الاول اي الاصلي في الدعوى بصفته ضامنا

وشروط اقامتها هي الحيازة عند حصول التشويش او التكدير او الغصب وكونها مبنية على فعل صادر من المدعي عليه لم تمض عليه سنة قبل رفعها كما ذكر بالفقرة الرابعة من المادة ٢٦ من قانون المرافعات وتوفر صفات الحيازة المذكورة بالفقرة الرابعة بالمادة ٧٦ من القانون المدني الاهلي

الباب الثاني عشر

في ادوار القضية

﴿ الفصل الأول ﴾

التكليف بالحضور امام المحكمه

هو اعلان للمدعي عليه على يد محضر ليحضر امام المحكمة يبين فيه المدعي موضوع دعواه والأدلة المستند عليها فيها بالايجاز والاختصار حسبما ذكر بمادة ٣٥ من قانون المرافعات الأهلي ليتمكن المدعي عليه من ابداء وجوه دفاعه وهذا الطلب يلزم القاضي بالحكم والاخصام بالحضور (راجع مادة ٧٠ من قانون المرافعات الأهلي ومادة عقاب القاضي الممتنع عن الحكم في قانون العقوبات فقد تقدم ذكرها) والمدعي بانتظار الحكم في دعواه التي رفعها للمحكمة والاخصام بقبول الحكم الذي يصدر منها ومنشأ هذا الالتزام الاتفاق القضائي المذكور بالقانون الروماني الذي به يلتزم الاخصام انتظار الحكم وقبوله ايا ما كان وقد يذكر المدعي بالتكليف بالحضور عين حقه او انقص منه فيما اذا رفع الدائن

دعواه على احد مدينيه المتضامنين مبينا انه لا يطالبه الا بالنسبة لحصته في الدين فقط فيعتبر انه تنازل اليه عن تضامنه وفيما اذا جزأ دعواه بين ضمان مدينه برفعه الدعوى على احدهم بالنسبة لحصته في الضمان فقط ولا يجوز له بعد ذلك الرجوع عن هذه التجزئة وان ظهر له ان بعض الضمان كان غير موسر او ازيد منه بضمه الفوائد من يوم حصوله (راجع الفقرة الاولى من مادة (١٢٤) من القانون المدني الأهلي) ولا يعتبر التكليف بالحضور الا اذا جاء على حسب الاوضاع القانونية ورفع امام محاكم مختصة ومع ذلك لا يمنع رفعه امام المحاكم غير المختصة سريان الفوائد من يوم حصوله والمطالبة بالثمار من ذلك اليوم ايضاً

﴿ الفصل الثاني ﴾

في اختلاف المواعيد والاجراآت وادوار المرافعة الخالية عن الدعاوي الفرعية امام المحاكم الابتدائية

تختلف المواعيد والاجراآت في القضايا المستعجله وغير المستعجله وتختلف ايضاً بوجود دعاوي فرعية في بعض القضايا وعدم وجودها في البعض الآخر وتنقسم المرافعة الخالية عن الدعاوي الفرعية الى ثلاثة ادوار (الأول) يبتدئ من التكليف بالحضور و ينتهي بالقيد بالجدول (والثاني) يبتدئ من القيد بالجدول و ينتهي بتهيؤ القضية للحكم (والثالث) من تهيؤ القضية للحكم و ينتهي بحصوله ولنبين كل واحد من هذه فنقول (الأول) تبتدئ المرافعة بتكليف الخصم بالحضور بأعلان او علم خبر على يد محضر يسلمه هو او قريبه او خادمه الصورة ثم يرجع الى قلم الكتاب و يسلم الاصل للكاتب المعين لذلك ليقيد الدعوى على مقتضى ما فيه كما ذكر بمادة (٥٠) من قانون المرافعات الأهلي بالجدول العمومي ثم يقيدها ايضاً اذا كانت غير مستعجلة بجدول مخصوص

على حسب ترتيب تواريخ الاوامر الصادرة بقيدها كما ذكر بالمادة ٨٠ منه وبعد مضي ميعاد التكليف بالحضور الذي يختلف باختلاف القضايا حسبما هو مبين بمادتي ٤٨ و ٤٩ منه يحضر الاخصام بانفسهم او من يوكلونه عنهم بمقتضى توكيل خاص في القضية او عام في المرافعات امام المحاكم انما يجب عليهم دائمًا ان يحضروا بانفسهم امام قاضي المواد الجزئية ان لم يحدث لهم عذر يمنعهم عن الحضور كما ذكر بمادة ٧٠ منه فاذا لم يحضر المدعى او وكيله او المدعى عليه او وكيله او هما معا او حضرا ولم يبديا شيئًا اتبعت نصوص الباب الخامس منه (الثاني) يكون قيد القضايا في الجدول على حسب ترتيب ورودها للمحكمة الا المستعجلة فانها تقيد بمجرد ورودها وقبل اخراجها من الجدول العمومي او الخصوصي للنظر فيها بالجلسة يعلن الاخصام بعضهم بنتائج اقوال تكون من نسختين اصل و يبقى مع المرسل وصورة وتسلم للمرسل اليه فاذا استخرجت منه سلم الكاتب قائمة بها للرئيس واخرى للمحضر لينادي عليها بالجلسة ولا يخلو اما ان تشطب القضية اولا فاذا حكم بشطبها كانت مصاريف هذا الحكم على المتسبب فيه و يسأل الوكلاء عن الخسارة الناشئة من تأخير نظر الدعوى امام موكليهم واذا لم يحكم بشطبها لعدم توفر اسبابه فاما ان يترافع الاخصام او وكلاؤهم في اصل الدعوى او يقيموا دعاوي فرعية قبل المرافعة في الاصل او تؤجل هذه الاخيرة المرة بعد الاخرى ولا تلزم المحكمة بالتأجيل من تلقاء نفسها ولا بمنحه حين يطلب وعلى كل حال لاتكون الدعوي مهيأة للحكم الا عند الابتداء في المرافعة في الاصل وجرت العادة بتسليم نتائج الاقوال حينئذ لكاتب الجلسة و يترتب على تهيؤ القضية للحكم امور منها عدم تأثير موت احد الاخصام حينئذ او عزل وكيله على سير القضية بخلافهما قبل ذلك فانهما يوقفان سير القضية

حتى يعلن الخصم الذي اوقفها او ورثة من مات (راجع مادتي ۲۹۹ و ۳۰۰ منه ومنها ان الحكم في القضية المهيأة للحكم يكون حضوريا وان تخلف فيها احد الاخصام عن الحضور بخلافه في غير المهيأة للحكم فانه يكون غيابياً ان تخلف فيها احد الاخصام عن الحضور (الثالث) المرافعة هي شرح وقائع الدعوى مشافهة وتكون للاخصام مطلقاً ذكورا كانوا او اناثا لكن للمحكمة الحق في منعهم منها اذا ترا آي لها ان ليس فيهم اهلية لها ورئيس المحكمة هو الذي يناط وحده بنظام المرافعات وله اعلان الاخصام او وكلائهم بتمامها وليس لهم تبادل نتائج الاقوال بعد الدخول في المرافعة الا اذا مست الحاجة لفتح باب المرافعة ثانيا ولهم الحق في ترك المرافعة وقد يكون ضمنا فيما اذا لم يحضروا يوم المرافعة وللمحكمة حينئذ اصدار الحكم بما يتراءي لها ومع ذلك يكون حكمها حضوريا ولاصداره خمسة طرق (الاول) ان يصدر الحكم بعد جمع الرئيس الاراء والمداولة فيها في جلسة المرافعة (راجع مادة ۹۱ من قانون المرافعات الاهلي) (والثاني) ان يصدر بعد دخول القضاة في اودة المداولة للمناقشة والبحث (والثالث) ان يصدر في الجلسة التالية لجلسة المرافعة للمناقشة اثناء ذلك وفي هذه الحالة وسابقتها يتبع ما تقرر بمادتي ۹٤ و۹٥ منه (والرابع) ان يصدر بعد تلاوة تقرير يقدمه قاض مكلف به من قبل المحكمة ولا يكون للاخصام بعد تلاوته الحق الا في تقديم اقوال ختامية يبينون فيها وجوه خطأ التقرير وللمحكمة ان تفتح باب المناقشة في الدعوي ثانيا اذا مات القاضي المكلف بتقديم التقرير فتردها الى مرتبة التهيؤ للحكم (والخامس) قد اعتاد بعض محاكم فرنسا ان يكلف قاضيا بتقديم تقرير عن القضية المراد الحكم فيها باودة المداولة وليس في هذه العادة ضرر اذ للقضاة الحق في البحث في القضايا بكل الطرق الممكنة

الفصل الثالث

في تعريف الحكم واقسامه والمقارنة بينه و بين الأمر

الحكم هو ما تقرره محكمة في نزاع رفع اليها اما الامر فهو الصادر من رئيس محكمة او من قاضي الامور الوقتية فكل منهما قرار غير ان مصدرهما ومتعلقهما يختلفان كما رأيت ولنتكلم على اقسام الحكم فنقول

ينقسم الى ابتدائي وانتهائي فالابتدائي هو ما يجوز الطعن فيه بطريق الاستئناف والانتهائي ما لا يجوز فيه ذلك ولا يتوهم من لفظ الاحكام القطعية او البتيه انها لا تستأنف كالانتهائية فانما هي التي بعد صدورها من محكمة لا يسوغ لها النظر فيها مرة اخرى فلو اقام محمد دعوى على ابراهيم امام المحكمة الجزئية فحكمت بانها غير مختصة نظراً لزيادة قيمة الدعوى عما لها ان تنظر فيه فهذا حكم قطعي بالنسبة لها الا انه يجوز استئنافه امام المحكمة الابتدائية

والى وقتي وتحضيري وتمهيدي فاما الوقتي فهو ما صدر من محكمة في اجراآت لا تتعلق باي وجه من الوجوه بتحقيق الدعوى لكنه يكون واسطة في انتظار صدور الحكم في اصل الدعوي دون ان يحصل ضرر لاحد الخصمين فالمدعي في دعوي استرداد عقار له الحق في ان يطلب تعيين حارس قضائي يلاحظه حتى تنتهي القضية و يسلمه للمكتسب مخافة حدوث مضار للمدعي عليه ربما ينشأ عنها دعوي اخري وللمحكمة العدول عن هذا الحكم ونقضه اذا زالت الظروف التي نشأ عنها واما التحضيري فهو الصادر بعمل ضروري لتحقيق الدعوي يجعلها قابلة للحكم ولا ينبيء ضمنا بما ستحكم به المحكمة في اصلها واما التمهيدي فيصدر كذلك بعمل يتعلق بتحقيق القضية الا انه ينبيء ضمنا بما ستحكم به المحكمة قطعيا وهذان الحكمان يجتمعان في ان كليهما يتعلق بتحقيق الدعوي و يفترقان في

ان احدهما يؤخذ منه الحكم القطعي ضمنا والآخر لا يؤخذ منه ذلك فالحكم الصادر بتحقيق الخطوط تحضيري اذ لا يؤخذ منه الحكم في اصل الدعوي واما الصادر بتحليف اليمين فتمهيدي حيث انه ينذر بما ستحكم به المحكمة في اصلها

والى حضوري وغيابي و ينقسم الاخير الى غيابي لعدم الحضور وغيابي لعدم ابداء الاقوال الختامية وانما وجد هذا القسم الثالث لان الغيابي يجوز الطعن فيه بطريق المعارضة ما عدا الاستثناآت المبينة بالقانون بخلاف الحكم الحضوري فانه لا يجوز فيه ذلك

والى الابتدائي واجب التنفيذ موقتاً وغير واجبه فاما واجب التنفيذ موقتاً فهو الذي يتنفذ ولو مع حصول المعارضة والاستئناف واما غير واجبه فهو ما يوقف الاستئناف تنفيذه

وهناك احكام عبارة عن تصديقات من المحاكم على اتفاقات الاخصام ونظرا لكونها عقودا على اوضاع حكم فهي لا تقبل الطعن فيها بطريق الاستئناف او المعارضة او الالتماس ولو حصلت بادخال الغش والتدليس على احد الخصمين الا انها تقبل الطعن فيها بصفتها عقودا عادية اعني بواسطة دعوى اصلية وتكون المداولة بعد المرافعة اما بالجلسة او بالاودة المعدة لها اذا احتاجت للمناقشة وفي الحالتين يشترط ان تكون سرية لتأييد استقلال القضاة والعدالة والاحكام

تم طبع هذه الأصول ومقارنة بعضها بالاحكام الشرعية بمطبعة جريدة الاسلام في ٩ نوفمبرسنة ١٨٩٧ افرنكيه الموافق ١٤ جمادي الثانية سنة ١٣١٥ هجريه على صاحبها افضل الصلاة والسلام وازكي التحيه

